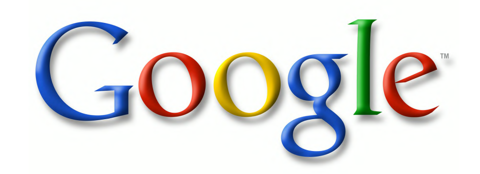





ESEARCH LIBRARIES
3 07594817 8



8

Die Bekämpfung

von Sklavenraub und Sklavenhandel

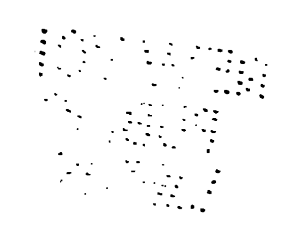
seit Anfang dieses Jahrhunderts.

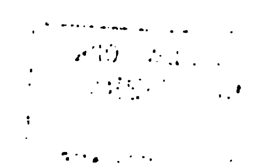
Von

Dr. iur. Emil Scherling.

BRESLAU 1897.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von
Geheimrat Prof. Dr. von Liszt, Halle.





Vorbemerkung.

Die nachfolgende Abhandlung ist entstanden aus der mit dem Preise gekrönten Bearbeitung der Preisaufgabe der Hallischen Fakultät von 1895.

Änderungen sind insbesondere dadurch hervorgerufen, dass über das Gesetz vom 28. Juli 1895, welches zur Zeit der Bearbeitung der Preisaufgabe erlassen wurde, inzwischen einige Litteratur erschienen ist. Es sind dies die Aufsätze von Seuffert in v. Liszts Zeitschrift Bd. 16. S. 555 ff., von Fuld im Archiv für öffentliches Recht Bd. 11 S. 537, Stenglein in seinem Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen. 2. Auflage Nachtrag S. 1016—20 und v. Liszt in der 7. Auflage seines Lehrbuchs.

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
§ 1.	**Einleitung:** Die Entwicklung von Sklaverei und Sklavenhandel seit dem Mittelalter	1— 4
	Erster Teil: Die Bekämpfung von Sklavenraub und Sklavenhandel durch völkerrechtliche Massregeln.	
	Erster Abschnitt: Seit Anfang dieses Jahrhunderts bis zur Brüsseler Konferenz.	
§ 2.	1. Erklärungen auf europäischen Kongressen	5— 6
§ 3.	2. Verträge Englands mit einzelnen Staaten	6—12
§ 4.	3. Die Berliner (Kongo-) Konferenz	12—14
	Zweiter Abschnitt: Die Brüsseler Antisklaverei-Konferenz.	
§ 5.	1. Berufung und Gang der Beratungen	14—15
	2. Inhalt der General-Akte.	
§ 6.	a) Bekämpfung des Sklavenhandels zu Lande	16—21
§ 7.	b) Bekämpfung des Sklavenhandels zur See	21—26
	3. Weitere Schicksale der General-Akte.	
§ 8.	a) Unterzeichnung und Ratifikation	27
§ 9.	b) Frankreichs Verhalten und das droit de visite	28—33
	Zweiter Teil: Die Bekämpfung durch strafrechtliche Massregeln.	
	Erster Abschnitt: Die Bestrafung nach dem bis zum Gesetz vom 28. 7. 1895 geltenden deutschen Recht.	
	1. Nach Reichsrecht.	
§ 10.	a) Das Strafgesetzbuch	34—37
§ 11.	b) Übertragene Gesetzgebungsgewalt	37—40
	2. Nach Landesrecht.	
§ 12.	a) Die einzelnen Landesgesetze	41—42
§ 13.	b) Geltung und Umfang derselben	42—44

Seite

§ 14. Zweiter Abschnitt: Die Forderungen der Brüsseler General-Akte . . . . 44—47

Dritter Abschnitt: Das Gesetz vom 28. Juli 1895.

§ 15. A. Entstehungsgeschichte . . . . 47—48

B. Inhalt des Gesetzes.

§ 16. I. Begriffsbestimmung . . . . 49—59

§ 17. II. Herrschaftsgebiet des Gesetzes . . . . 59—68

III. Strafensystem des Gesetzes.

1. Hauptstrafen:

§ 18. a) Freiheits- und Todesstrafe . . . . 68—74

§ 19. b) Geldstrafe . . . . 75—76

§ 20. 2. Nebenstrafen . . . . 76—81

§ 21. IV. Im Gesetz nicht erfüllte Forderungen der Brüsseler General-Akte . . . . 81—82

§ 22. V. Ergänzung des Gesetzes durch kaiserliche Verordnung . 83

Verzeichnis der Abkürzungen.

Actes = Actes de la Conférence de Bruxelles. 1890.

Ann. étrang. = Annuaire de la législation étrangère comparée.

Ann. franc. = Annuaire de la législation française.

Ann. Institut = Annuaire de l'Institut de droit international.

Barklay = Barklay: Le droit de visite, le trafic des esclaves et la Conférence antiesclavagiste de Bruxelles in der Revue de droit international Bd. 22.

Stenogr. Ber. = Stenographische Berichte des deutschen Reichstages.

Binding: = Binding, Handbuch des Strafrechts I. 1885.

Binding-Normen: = Binding, Die Normen und ihre Übertretung 1872 I u. II.

Bruck = Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit 1875.

v. Buri: = v. Buri, Besprechung mehrerer §§ des Str. G. B. im Gerichtssaal Bd. 27 S. 117 ff.

Desjardins: = Desjardins, La France, l'esclavage africain et le droit de visite in der Revue des deux Mondes Bd. 107 (1891) S. 864 ff.

Entwurf 91 = Entwurf eines Gesetzes betr. die Bestrafung des Sklavenhandels v. 1891.

Entwurf 95 = Entwurf eines Gesetzes betr. die Bestrafung des Sklavenhandels v. 1895.

Fuld G. S: = Fuld, Die Bestrafung des Sklavenhandels im Gerichtssaal Bd. 42, S. 35 ff.

Fuld Archiv: = Fuld, Das Gesetz über die Bestrafung des Sklavenhandels im Archiv für öffentliches Recht Bd. 11 S. 537.

Gösch = Gösch und Düring: Das Mecklenburg-Schwerinsche Landesstrafrecht 1887.

Delius = Groschuff, Eichhorn und Delius: Die Preussischen Strafgesetze 1894.

Hälschner = Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht I u. II 1884.

Harburger = Harburger, Der strafrechtliche Begriff des Inlandes 1882.

H. H. = Holtzendorff, Handbuch des Strafrechts 1874 I—IV.

Knitschky = Knitschky, Menschenraub und Kinderraub im Gerichtssaal 44, S. 249 ff.

Kolisch = Kolisch, Die Kolonialgesetzgebung des Deutschen Reichs 1896.

König = König, Handbuch des Deutschen Konsularwesens 1888, 4. Auflage.

Lentner = Lentner, Der schwarze Kodex. Der afrikanische Sklavenhandel, die Brüsseler General-Akte vom 2. Juli 1890 und ihre einheitlichen Massnahmen zur Bekämpfung der verbrecherischen Gewerbsmässigkeit.

v. Liszt = v. L., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 1896, 7. Auflage.

v. Martens-Bergbohm = v. M., Völkerrecht 1883 I u. II.

v. Martitz = v. Martitz, Das internationale System zur Unterdrückung des afrikanischen Sklavenhandels im Archiv für öffentliches Recht I S. 1 ff.

Meyer = Meyer, Die staatsrechtliche Stellung der Deutschen Schutzgebiete 1888.

Nys = Nys: L'esclavage noir, devant les juris consultes et les cours de justice in der Revue de droit international 1890, S. 57 ff.

Olshausen = O., Kommentar zum Strafgesetzbuch 1890/92, Aufl. 4.

Rec. man. = Recueil manuel et pratique de traités etc. par Martens et Cussy.

Nouv. R. G. = Recueil nouveau général de traités etc. 1. u. 2. Serie.

Riebow = Riebow, Die Deutsche Kolonialgesetzgebung 1893.

Rolin-Jaecquemyns = Quelques mots encore sur l'Acte générale de la Conférence de Bruxelles et la repression de la traite in der Revue de droit international Bd. 23 (1891) S. 560ff. und zahlreiche Notizen aus derselben Zeitschrift.

Seuffert = Seuffert, Die Deutsche Strafgesetzgebung im Jahre 1895 in v. Liszt's Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 16 S. 555ff.

Stenglein = Stenglein, Das Gesetz vom 28. Juli 1895 im Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen 1895, 2. Auflage. Nachtrag S. 1016—20.

Villnow = Villnow, Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit in Goltdammer's Archiv Bd. 24 S. 104ff.

EINLEITUNG.

§ 1.

Die Entwicklung von Sklaverei und Sklavenhandel seit dem Mittelalter.

I. Wie im Altertum herrschte auch im Mittelalter die Sklaverei. Das Christentum vermochte sie keineswegs auszurotten, beabsichtigte es sogar anfangs nicht einmal. [1])

Daher bestand im Mittelalter in ganz Europa die Sklaverei fort; sie erschien, soweit Objekte derselben Mauren und Slaven waren, als natürliche und notwendige Einrichtung. Die Kirche verwandte selbst auf ihren Besitzungen Sklaven, ja Papst Nikolaus V. (1454) ermutigte sogar Alphons von Portugal, gegen die Ungläubigen Krieg zu führen und sie in ewige Sklaverei zu bringen. [2])

Nur gegen den Handel mit Christen, welche namentlich von den Venetianern an die Muhamedaner verkauft wurden, wendete sich die Kirche energisch und mit Erfolg. Jedoch wurden von den Korsaren im Mittelmeer noch bis in unser Jahrhundert die gefangenen Christen in die Sklaverei verkauft. Erst Englands energisches Vorgehen im Jahre 1816 und die Eroberung Algiers durch Frankreich vernichtete diesen Handel. [3])

II. Inzwischen hatte der Sklavenhandel eine ganz neue Richtung und Ausdehnung gewonnen. Objekte wurden die Bewohner Afrikas, die Neger.

Eingeführt durch die Portugiesen seit 1434 [4]), nahm der Handel

---

[1]) Dr. H. Geffcken; Revue de droit internat. 1890. S. 133.

[2]) Nys S. 59.

[3]) Martens I. S. 328.

[4]) Mémoire sur l'abolition de l'esclavage et de la traite des noirs sur le territoire portugais Actes S. 26 ff. Diese amtliche portugiesische Denkschrift enthält

mit afrikanischen Sklaven einen verderblichen Umfang erst seit der Entdeckung Amerikas an. Hier hatten die Spanier mit der Verwendung eingeborener Indianer und eingeführter Maurensklaven beim Plantagenbau schlechte Erfahrungen gemacht, sie führten deshalb seit 1503 Neger ein, die sie von den Portugiesen kauften. Sie selbst konnten direkt keine Sklaven erwerben, weil sie gemäss der Bulle Inter cetera des Papstes Alexanders VI. vom 4. Mai 1493 an der Westküste Afrikas keine Gebiete erobern durften.[1])

Allmählich beteiligten sich auch die anderen Staaten an diesem einträglichen Handel, vor allem England. Dieses liess sich im Frieden zu Utrecht 1713 das Recht ausbedingen, für die spanischen Kolonien den Alleinhandel mit Sklaven zu betreiben (sog. Assiento), und zwar bis 1743 144 000 Sklaven, also jährlich 4800 Sklaven einzuführen [2]).

In Wahrheit war die Zahl wohl schon in diesen Jahren eine viel grössere. Für 1786 giebt Nys[3]) als Gesamtzahl der eingeführten Sklaven 74 000 an, davon fallen auf England 38 000, auf Frankreich 20 000, auf Portugal 10 000 [4]), auf die Vereinigten Staaten 4000, auf Dänemark 2000. Englands Vorrang auf diesem Gebiete wurde gebrochen durch den amerikanischen Unabhängigkeitskrieg; an seine Stelle traten zunächst Frankreich, dann die Vereinigten Staaten. In der Mitte unseres Jahrhunderts waren es besonders brasilianische und kubanische Schiffe, welche Sklavenhandel betrieben.

Der gegenwärtige Zustand von Sklavenhandel hängt zusammen mit dem heutigen Vorkommen der Sklaverei. Diese ist im Laufe unseres Jahrhunderts von sämtlichen civilisierten Staaten abgeschafft [5]), zuletzt noch in Kuba und Brasilien, durch Gesetz v. 8. Mai 1880 beziehungsweise durch eine Reihe von Gesetzen aus den Jahren 1871,

---

übrigens eine solche Fülle von Lobpreisungen auf das Verdienst Portugals in der Sklavenfrage, welches fast allgemein bestritten wird, dass sie nur mit Vorsicht zu benutzen ist.

[1]) Actes S. 30.

[2]) Barklay S. 318 Note 1.

[3]) Nys S. 60.

[4]) Das erwähnte Mémoire (Actes S. 31) begnügt sich bescheiden für Portugal im Jahre 1768 mit 1700 Sklaven.

[5]) Auch hier behauptet das Mémoire, Portugal habe den Vorrang; indes beseitigen die citierten Gesetze aus den Jahren 1570—1641 nur die Sklaverei in Portugal selbst, was andere Länder garnicht mehr nötig hatten, waren teilweise sogar ohne Erfolg (sansque cette détermination amenât de résultat! (Actes S. 32.)

85, 88 (13. Mai)[1]. Daher hat jetzt der Negerhandel von Afrika nach Amerika völlig aufgehört. Dagegen besteht Sklaverei noch in fast ganz Afrika, wie in allen muhamedanischen Ländern. Daraus erklärt sich auch die heutige Ausdehnung des Negerhandels [2]. Als Exporthandel wird er nur noch von der Nord- und besonders von der Ostküste Afrikas aus betrieben, und zwar fast ausschliesslich von Arabern, Indern, Eingeborenen, die sich jedoch europäischer Flaggen bedienen. Als Binnenhandel findet er sich dagegen in ganz Afrika. Von besonderem Interesse für uns sind in dieser Beziehung die Schutzgebiete Kamerun und Togo. Fast bei jeder Beratung des Kolonialetats im Reichstag kehrt die Behauptung wieder, dass in Togo Sklavenhandel betrieben wird. Auch bei der Beratung des 91er Entwurfs (am 17. November 1891) kam diese Frage zur Sprache [3]. Hier bestritt der damalige Direktor der Kolonialabteilung im auswärtigen Amt, Dr. Kayser, gestützt auf die verantwortlichen Äusserungen ehemaliger Kommissare von Togo (v. Puttkammer und Zimmerer) entschieden, dass in Togo Sklavenhandel vorkomme. v. Puttkammer behauptete sogar, dasselbe gelte auch von der englischen Goldküstenkolonie. Wie stimmt aber dazu der Bericht des Gouverneurs der Goldküstenkolonie [4], wonach in den ersten 11 Monaten von 1890 106 Fälle von Sklavenhandel zur Aburteilung kamen, von denen 76 mit Verurteilung endigten? Der Bericht des Missionars Matthäus Seeger in der deutschen Kolonialzeitung vom 2. April 1892 hellt diesen Widerspruch auf, insofern er es erklärt, wie leicht Europäer über das thatsächliche Vorkommen von Sklavenhandel getäuscht werden können. Er behauptet ebenso wie der Reisende Krause, gestützt auf langjährige Erfahrungen in Togo selbst, dass Sklaven dort verhandelt werden. In der That sind ja auch die Kulturverhältnisse dieselben wie in der englischen Goldküstenkolonie. Diese Thatsache ist zwar betrübend, aber kein Mensch wird unserer Regierung daraus einen Vorwurf machen, wenn sie sich nur bemüht, dem Sklavenhandel entgegenzutreten. Schmachvoll ist es dagegen für uns Deutsche, dass auch von deutschen Reichsangehörigen Sklavenhandel getrieben worden ist. Über diese Behauptung

---

[1] Ann. étrang. 1888 S. 1027 und 1029.

[2] Näheres bei Leutner S. 40. 95. 108 ff. Garois Sklavenhandel S. 5 ff., Actes S. 19 ff., Desjardins S. 867, vergl. ausserdem die von Seuffert S. 555 Anm. 13 citierten Berichte und Mitteilungen in der deutschen Kolonialzeitung.

[3] Stenogr. Berichte 1890/92 S. 2890 ff.

[4] Vgl. den Aufsatz des Afrikareisenden Krause in der Neuen Preussischen Zeitung vom 22. Mai 1895 (Nr. 237).

französischer Zeitungen während des Krieges Frankreichs gegen Dahomey i. J. 1892 erbat die Kommission, welche über den Etat der Schutzgebiete für 1894 beriet, vom Auswärtigen Amt Auskunft. Aus dieser und den Verhandlungen des deutschen Reichstages vom 16. Februar 1894 [1]) und den folgenden Tagen, insbesondere vom 20. Februar, ergiebt sich, wie mir scheint, mit Sicherheit folgender Thatbestand. Die Firma Wölber und Brohm in Hamburg hat dem König Behanzin von Dahomey während des Krieges mit Frankreich Waffen geliefert [2]) und dafür ihm Sklaven abgekauft, um sie der Kongo-Eisenbahn-Gesellschaft weiter zu verkaufen. Dieselben sind allerdings scheinbar freiwillig einen Kontrakt eingegangen; aber aus der Behandlung dieser „freien Arbeiter" geht unzweifelhaft hervor, dass sie Sklaven waren [3]). Sie wurden nach dem Bericht des Kapitäns des Kreuzers Habicht vom 6. Mai 1892 in Ketten gelegt, auch hüteten sich die Transportschiffe, englischen Schiffen zu nahe zu kommen, aus Furcht gekapert zu werden.

Glücklicher Weise steht dieser Fall ganz vereinzelt da, und man darf hoffen, dass es auch der einzige bleiben wird.

III. In neuerer Zeit hat das Bedürfnis nach Arbeitskräften auf den Inseln des Stillen Ozeans zu einem System der Arbeiteranwerbung geführt, welches sich mit Sklavenhandel mindestens sehr nahe berührte. Unter dem Namen Kulihandel erregte diese Anwerbung insbesondere chinesischer Arbeiter (Kuli = gelb) die human denkenden Kreise Europas, vor allem Deutschlands [4]). Von deutscher Seite sind inzwischen zahlreiche Regulative in den Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten ergangen [5]), wodurch nach den Berichten der Konsuln die Auswüchse dieser Anwerbung beseitigt sind.

Jedenfalls empfiehlt es sich, darauf ein aufmerksames Auge zu haben und nötigenfalls diesem Menschenhandel ebenfalls durch internationale Vereinbarungen zu begegnen.

---

[1]) Sten. Ber. 1894. S. 1286 ff, 1351 ff. und 1894/95 Band 3 S. 2357.

[2]) Die französische Regierung hätte, wie auch Dr. Kayser zugab, das Recht gehabt, den Agenten Richter dieser Firma nach Kriegsrecht zu behandeln, vgl. auch Revue générale du droit internat. public 1894. S. 168.

[3]) Derselben Ansicht ist auch Seuffert S. 565.

[4]) Vgl. darüber Martens S. 327, vor allem Gareis in zahlreichen Schriften.

[5]) Vgl z. B. die eingehenden Bestimmungen für Ostafrika bei Kolisch S. 626 und ganz besonders die zahlreichen Verordnungen für Neu Guinea bei Kolisch S. 722 ff.

ERSTER TEIL.

Die Bekämpfung von Sklavenraub und Sklavenhandel durch völkerrechtliche Massregeln.

ERSTER ABSCHNITT.

Seit Anfang dieses Jahrhunderts bis zur Brüsseler Konferenz.

§ 2.

1. Erklärungen auf europäischen Kongressen.

I. In der Bekämpfung des Sklavenhandels nimmt England unstreitig den ersten Platz ein [1]).

Von hier gingen die Bestrebungen Privater aus — es genügt an Clarkson und Wilberforce zu erinnern —. Die englische Regierung war die erste, die ernstlich den Kampf gegen den Sklavenhandel aufnahm, den sie zuerst gegen mehrere europäische Mächte, später ohne diese allein durchführte.

Schon nach dem Gesetz vom 25. 3. 1807, welches den Sklavenhandel verbot, schloss England zahlreiche Verträge mit andern Staaten des Inhalts, dass sie ihren Unterthanen den Sklavenhandel entweder ganz untersagen, oder nur mit lokalen Beschränkungen gestatten wollten.

II. Diesen Prinzipien suchte es auf dem Wiener Kongress 1814/16 völkerrechtliche Geltung zu verschaffen.

Jedoch begnügte sich die [2]) déclaration relative l'abolition de la traite des nègres d'Afrique on du commerce des esclaves mit feierlichen Erklärungen. Die weitergehenden Vorschläge Englands zu gemeinsamen Handeln wurden dank der von selbstsüchtigen Zwecken geleiteten

---

[1]) Vgl. darüber die hervorragende Arbeit v. Martitz.

[2]) Abgedruckt in der Publication officielle du Ministère des Affaires étrangères de Belgique. Nono R. G. 2. Serie Bd. 16 S. 37.

Opposition Portugals [1] und Spaniens abgelehnt. Dasselbe Ergebnis brachte der Kongress zu Aachen 1818, wo England gegenseitiges Durchsuchungsrecht und Gleichstellung des Sklavenhandels mit Seeraub vorgeschlagen hatte.

Die Erklärungen auf dem Kongress zu Verona vom 28. 11. 1822 waren ebenso allgemein gehalten. Mit solchen platonischen Erklärungen war natürlich nichts gewonnen. Nötig war dauernde Überwachung des Meeres, gemeinsames Vorgehen gegen die Sklavenschiffe, harte Bestrafung der Verbrecher.

§ 3.

2. Verträge Englands mit einzelnen Staaten.

Die Versuche durch internationale Vereinbarungen den Sklavenhandel wirksam zu bekämpfen, waren gescheitert; so sah sich denn England genötigt, dieses Ziel auf dem mühsamen Wege der Verträge mit einzelnen Staaten zu erstreben.[2]) Es gelang ihm zum Teil unter ganz enormen Geldopfern, allmählich nicht nur alle civilisierten Staaten, sondern auch zahlreiche uncivilisierten Könige, Sultane, Häuptlinge der Küste Afrikas und Arabiens zum Kampfe gegen den Sklavenhandel zu verpflichten.

A) Verträge mit civilisierten Staaten.

Die Verträge, die England zu diesem Zwecke abschloss, sind inhaltlich ganz ausserordentlich verschieden[3]).

I. Die beiden ersten mit Portugal[4]) (22. 1. 15.) und Spanien (23. 9. 1817)[5]) unterscheiden noch, ebenso wie der Vertrag mit Brasilien vom 23. 11. 1827, zwischen erlaubtem und unerlaubtem Sklavenhandel,

---

[1]) Davon sagt das erwähnte Mémoire kein Wort.

[2]) Eine chronologische Zusammenstellung findet sich im Rec. man. V. S. 436—444.

[3]) Eine ähnliche Übersicht wie hier, bietet auch die S. 5 Note 2 erwähnte Publikation etc., aber nur über die noch geltenden Verträge, und zum Teil unrichtig. So ist die ganze Rubrik: par quels navires le droit de visite peut être exercé (a. a. O. S. 41) verfehlt. Die angeführten Bestimmungen gehören unter die Rubrik sur quels navires etc.

[4]) Das Datum der nicht mehr geltenden Verträge ist eingeklammert.

[5]) Bei v. Martitz S. 61 ist infolge eines Druckfehlers das Jahr 1823 angegeben. Lentner übernimmt diesen Druckfehler (S. 10) und schliesst daraus, dass Spanien erst vom Jahre 1826 auch den legalen Handel verboten habe. Die blosse Durchsicht der Noten hätte ihn von der Unrichtigkeit überzeugt.

(verboten ist er nördlich des Äquators). Jedoch verpflichtete sich Spanien, auch den Handel südlich des Äquators vom 3. Mai 1820 ab zu verbieten, ebenso Brasilien innerhalb drei Jahren. Portugal erklärte nach der Lostrennung Brasiliens durch Note vom 2. 10. 1826[1]), dass es keinen Unterschied mehr zwischen erlaubtem und unerlaubtem Handel mache. Alle übrigen Verträge verbieten von vornherein den Sklavenhandel völlig.

II. Ein weiterer Unterschied in den Verträgen beruht darauf, ob sie ein gegenseitiges Durchsuchungsrecht von des Sklavenhandels verdächtigen Schiffen einräumen oder nicht.

a) Die meisten gestehen ein solches Recht zu, aber nur unter örtlichen und sachlichen Beschränkungen.

1. Örtlich unbeschränkt gestatten es die drei oben erwähnten Verträge mit Portugal, Spanien, Brasilien und die Verträge mit den südamerikanischen Republiken Argentinien 24. 5. 39, Uruguay 13. 7. 39, Bolivia 25. 9. 40, Ekuador 24. 5. 41 und Venezuela 15. 3. 39.

Alle übrigen Verträge gewähren ein solches Durchsuchungsrecht nur innerhalb einer bestimmten Meereszone, die wiederum verschieden abgegrenzt ist. Ausgeschlossen ist stets das Mittelmeer.

α) Der niederländische Vertrag vom 4. Mai 1818 nimmt ferner noch aus diejenigen europäischen Meere, welche nördlich vom 37° nördl. Breite und östlich vom 20° westlicher Länge von Greenwich liegen. Ebenso der schwedische Vertrag vom 6. 11. 1824 (welcher an Stelle des 20° westl. Länge von Greenwich 0° von Ferro gerechnet angiebt), der spanische (vom 28. 6. 1835)[2]) und der portugiesische vom 3. 7. 1842.

Hier sind also nicht besonders ausgenommen die ostafrikanischen Gewässer.

Doch bestimmt die niederländische Additionalkonvention vom 31. 8. 1848, dass an der Ostküste Afrikas das Durchsuchungsrecht nur zwischen dem 53° östl. Länge von Greenwich und der ostafrikanischen Küste einerseits und zwischen dem Äquator und dem 30° südlicher Breite andrerseits ausgeübt werden sollte.

β) Der französische Vertrag (vom 30. 11. 1831 und 22. 4. 1833)

---

[1]) Also kein neuer Vertrag, falsch v. **Martens** S. 327. **Bluntschli**: Völkerrecht S. 205 u. A.

[2]) Ausser Kraft gesetzt durch Vertrag vom 2. Juli 1890, der erst mit der Brüsseler General-Akte darzustellen ist.

bestimmt als Zone: den Atlantischen Ocean zwischen 15° nördl. Breite und 10° südlicher Breite, ausserdem die Küstengewässer[1]) von Puertorico, Cuba, Brasilien und Madagaskar (zum erstenmale ausdrückliche Hereinziehung ostafrikanischer Gewässer). Ebenso die Accessionsverträge dazu mit Dänemark vom 26. 7. 34, Sardinien[2]) (vom 8. 8. 34), den drei Hansestädten[3]) (vom 9. 6. 37), Toscana[2]) (24. 11. 37), Königreich[2]) beider Sicilien (14. 2. 38), Hayti vom 23. 12. 1839; ebenso die Sonderverträge Hayti's mit Frankreich vom 29. 8. 1840 und Schwedens mit Frankreich vom 21. 5. 1836.

γ) Der sogenannte Quintupel-Vertrag vom 20. 12. 41 zwischen England, Frankreich, Oesterreich, Preussen und Russland (von Frankreich nicht ratificiert) gestattet das Durchsuchungsrecht innerhalb einer bedeutend grösseren Zone. Sie ist begrenzt im Norden vom 32° nördl. Breite, im Westen von der Ostküste Amerikas, im Süden vom 45° südl. Breite bis zum Schnittpunkt mit dem 80° östl. Länge von Greenwich, im Osten von diesem Meridian bis zur Küste Ostindiens. Ebenso Texas's Vertrag vom 6. 3. 1840, der belgische Vertrag vom 24. 2. 1848, der Vertrag vom 29. 3. 1879, wodurch das deutsche Reich an Stelle Preussens in den Quintupelvertrag eingetreten ist, und der italienische Vertrag vom 14. 9. 1889.

δ) Der amerikanische Vertrag vom 7. 4. 1862 gestattet das Durchsuchungsrecht innerhalb einer Zone, welche begrenzt wird: im Norden vom 32° nördl. Breite, im Osten von der Westküste Afrikas, im Westen von einer gedachten Linie in einer Entfernung von 220 Seemeilen von der Küste Afrikas. Ferner in den Küstengewässern von Cuba (in einer Entfernung bis zu 30 Meilen) und seit dem Zusatzartikel vom 7. 4. 1863 auch in denen von Madagaskar, Puertoriko und St. Domingo.

2. Sachliche Beschränkungen finden sich α) bezüglich der anhaltenden Schiffe folgende:

Nur Kriegsschiffe dürfen das Untersuchungsrecht ausüben. Und zwar nach dem italienischen Vertrag von 1889 jedes beliebige Kriegsschiff, nach den übrigen Verträgen müssen sie besonders zu diesem

---

[1]) In einer Entfernung von 20 Seemeilen von der Küste, eventuell hat das verfolgende Schiff das Recht der Nacheile.

[2]) Beseitigt durch den italienisch-englischen Vertrag v. 14. 9. 1889. Nono. R.G. 2. Serie 16, S. 864.

[3]) Beseitigt durch den Vertrag v. 29. 3. 1879 mit dem deutschen Reiche. R.G.Bl. 1880. S. 100—102.

Zwecke beordert sein. Der Quintupel-Vertrag verlangt ausser diesem nationalen Auftrag noch eine besondere Vollmacht von den anderen Vertragsmächten (so auch der holländische von 1848), und dass die Kriegsschiffe bestimmten Stationen zugewiesen sind. Ferner muss nach allen Verträgen der Kommandant im Rang eines Kapitäns oder doch Seelieutenants stehen.

Die Zahl der kreuzenden Kriegsschiffe ist unbeschränkt in den portugiesischen Verträgen von (1815) und 1842, den spanischen (von 1817 und 1835), dem Quintupelvertrage, dem holländischen von 1848, dem amerikanischen von 1862, dem italienischen von 1889.

Nach dem französischen Vertrage (von 1831) und den Accessionsverträgen darf die Zahl der kreuzenden Kriegsschiffe der einen Macht die der andern nicht um das Doppelte übersteigen. Nach dem holländischen Vertrag (von 1818) und dem schwedischen von 1824 dürfen von jeder Macht nur 12 Kriegsschiffe kreuzen.

Stets sollen die Offiziere das Durchsuchungsrecht mit möglichster Schonung ausüben.

β) Angehalten und durchsucht werden dürfen nicht Kriegs- und andere Staatsschiffe, dagegen alle Handelsschiffe ausser denjenigen, welche unter Geleit (convoi) eines Kriegsschiffes fahren. Auf diesen hat der Kommandant des anhaltenden Schiffes nach Ersuchen des Kapitäns des geleitenden Schiffes entweder allein (so nach dem französischen Vertrage von 1833 und den Accessionsverträgen) oder in Gegenwart eines Offiziers des fremden Schiffes (so nach den übrigen Verträgen) die Durchsuchung vorzunehmen.

Jedenfalls muss gegen ein Handelsschiff dringender Verdacht bestehen, dass es Sklavenhandel betreibt oder betrieben hat. Letztere Bestimmung ist durch die Novelle vom 15. 3. 1823 zum portugiesischen Vertrag von 1817 eingeführt, mit Rücksicht darauf, dass oft die Sklavenhändler, wenn ein Kriegsschiff in Sicht war, die Sklaven über Bord warfen, waren sie doch versicherte Ware! Bezüglich der zur Durchsuchung berechtigenden Verdachtsgründe lassen einige Verträge dem Kapitän freie Wahl, sobald nur motifs raisonnables vorhanden sind, andere verlangen bestimmte Anzeichen oder strikte Beweise.

γ) Ein Durchsuchungsrecht räumen schlechterdings nicht ein der amerikanische Vertrag (v. 9. 8. 1842)[1] und der französische (v. 29. 5. 1845). Jener verpflichtete beide Teile ein Geschwader von mindestens 80 Kanonen

---

[1]) Boundary Treaty oder Asburton Treaty genannt.

an der afrikanischen Küste zu halten, welches jedoch nur die eigenen Handelsschiffe zu kontrollieren hatte. Dieser war eine Folge davon, dass die französische Regierung wegen der nationalen Empfindlichkeit gegenüber dem Durchsuchungsrecht den Quintupelvertrag nicht ratificiert hatte.

Beide Parteien verpflichteten sich durch ein Geschwader von mindestens 26, seit 8. 5. 1849 von mindestens 12 Kriegsschiffen die eigenen Handelsschiffe zu überwachen. Jedoch sollten auch die Kriegsschiffe des andern Teiles, falls Verdacht bestände, dass ein Handelsschiff nicht berechtigt sei, die Flagge des andern Staates zu führen, zur Feststellung der Nationalität schreiten können (droit de vérification du pavillon)[1]. Im Jahre 1855 lief der Vertrag ab, und Frankreich wäre aus dem Verbande gegen den Sklavenhandel ausgeschieden,[2] wenn nicht die französische und englische Regierung gemeinsame Instruktionen für die beiderseitigen Kreuzer auf derselben Grundlage vereinbart hätten (aus dem Jahre 1859 und 1867)[1].

III. Die zahlreichen Unterschiede in den Voraussetzungen der Aufbringung eines durchsuchten Schiffes, in der Art der Ausführung und dem Ort, wohin das Schiff zu führen ist, sind zu unwichtig, um in dieser Übersicht erörtert zu werden.

IV. Wichtig sind jedoch die Unterschiede in der Aburteilung aufgebrachter Schiffe. Sie betreffen:

1. Die Kompetenz:

a) Gemischte Gerichtshöfe bedingen die Verträge mit Portugal (von 1815), Spanien (23. 9. 1817), Niederlanden (4. 5. 1818), Schweden vom 6. 11. 1824, Brasilien vom 23. 11. 26, Spanien (28. 6. 1835)[3], Portugal (3. 7. 1842), Vereinigten Staaten (7. 4. 1862).

b) Die nationalen Gerichtshöfe des beschlagnahmten Schiffes sind zuständig nach dem Entwurf eines Vertrages mit den Vereinigten Staaten von 1824, nach den Verträgen mit Frankreich (von 1831) und den Accessionsverträgen, nach dem Quintupelvertrag, dem Boundary-Treaty, dem Vertrag mit Frankreich (von 1845), den Zusatzverträgen zum portugiesischen Vertrag (von 1842) vom 18. 7. 1871 und zum Vertrag mit den Vereinigten Staaten (von 1862) vom 3. 6. 1870, endlich auch nach dem italienischen Vertrag vom 14. 9. 1889[4].

---

[1]) Siehe unten § 9 S. 30 u. 31.

[2]) Dass das wirklich geschehen sei, nimmt v. Martitz 97 irrtümlich an.

[3]) Aufgehoben durch den Vertrag v. 2. Juli 1890, welcher nationale Gerichtshöfe einführt. Siehe S. 23.

[4]) Auch nach den Verträgen mit Venezuela und Mexiko.

2. Das Verfahren:

a) Durch den niederländischen Zusatzvertrag v. 25. 1. 1823 wurden eine Anzahl Schuldpräsumtionen eingeführt, die sich in allen späteren Verträgen mehr oder weniger zahlreich finden.

Wenn gewisse Gegenstände[1]) sich an Bord eines Schiffes befinden, so wird bis zum Beweis des Gegenteils angenommen, dass das Schiff Sklavenhandel getrieben hat.

b) Die strafrechtliche Verfolgung ist den Landesgesetzen überlassen. Die zuerst im Vertrag mit Brasilien von 1826, dann im Quintupelvertrag und seinen Accessionsverträgen, endlich auch in dem italienischen vom 14. 2. 89 vereinbarte Gleichstellung des Sklavenhandels mit Seeraub hat nur deklaratorische Bedeutung.

c) Hat eine Verurteilung stattgefunden, so ist das Schiff zu konfiscieren, und zwar wird es nach dem schwedischen Vertrag von 1824 und dem spanischen von 1835 dem Staate des durchsuchenden Schiffes einfach überwiesen, nach den übrigen gebührt diesem nur der Erlös aus dem Verkauf des Schiffes ganz oder teilweise.

d) Eine Entschädigung tritt ein, wenn das Schiff mit Unrecht angehalten ist, wegen des Schadens, den es durch den Aufenthalt erlitten hat, und wenn der durchsuchende Offizier sich Bedrückungen schuldig gemacht hat. Sie findet nicht statt, wenn sich Gegenstände der unter a) bezeichneten Art an Bord gefunden haben, nur der spanische Vertrag (von 1835) gewährte auch in diesen Fällen die Möglichkeit einer Entschädigung aus dem Prisenfonds. Sonst wird sie geleistet von dem Staate, dem das untersuchende Kriegsschiff angehört, und festgesetzt von dem Gerichte, welches über die Sklavenhändler urteilt.

V. Über die Behandlung der an Bord gefundenen Sklaven enthalten die Verträge mehr oder weniger ausführliche Bestimmungen.

Alle Sklaven sind unverzüglich zu befreien.

Der holländische Vertrag von 1818 gestattet eine Ansiedlung derselben als freie Arbeiter oder Bedienstete im Territorium des urteilenden Staates, ähnlich alle übrigen Verträge; [2]) die Kosten werden bestritten entweder aus dem Erlös des Schiffes oder von dem Staate, der den Vorteil aus ihrer Arbeit hat.

---

[1]) Vergl. die ausführliche Aufzählung im Art. 9 des Quintupelvertrages.

[2]) Zusammenstellung im Nouv. R. G. 2. Serie Bd. 16 S. 55 ff.

B) Verträge mit uncivilisierten Staaten.

I. In der Mitte zwischen den bisher behandelten Verträgen und den Verträgen mit uncivilisierten Völkerschaften Afrikas stehen die drei Verträge Englands mit Egypten vom 4. 8. 1877,[1]) der Türkei vom 25. 1. 1880 [2]) (modificiert 3. 3. 1883) und Persien 2. 3. 1882. Sie räumen noch ein gegenseitiges Durchsuchungsrecht (mit Ausnahme des persischen) innerhalb einer begrenzten Zone ein.

Der türkische und persische Vertrag enthalten folgende Ausnahme von der Regel, dass Sklavenhandel präsumiert wird, sobald sich Sklaven an Bord befinden: Sklaven, welche ihre Herren als Bedienstete begleiten, oder zur Schiffsmannschaft gehören, begründen die Präsumtion nicht, falls sie besondere Pässe mit sich führen[3]).

II. Mit uncivilisierten Völkerschaften an der Küste Afrikas und Arabiens hat England bereits seit Anfang dieses Jahrhunderts, in grösserem Umfange erst seit Livingstone zahlreiche Verträge abgeschlossen, welche ihm ein Durchsuchungsrecht einräumen und die betreffenden Herrscher verpflichten, den Sklavenhandel zu verbieten, teilweise auch ihn als Seeraub zu bestrafen.[4])

Auch Italien und Frankreich haben in neuerer Zeit einige solcher Verträge abgeschlossen.[5])

§ 4.

3. Die Berliner (Kongo) Konferenz.[6])

I. So hatte England allmählich den Sklavenhandel in dem grossen Gebiete, wo er betrieben wird, einer internationalen Bekämpfung unterworfen. Aber die Verträge, die es mit civilisierten und uncivilisierten Völkern geschlossen hatte, litten an vielen Mängeln. Zunächst war der Verpflichtungsgrund nicht international, sondern beruhte auf den Einzelverträgen. Die einzelnen Staaten gestatteten nur englischen Kriegsschiffen eine Durchsuchung von Schiffen, welche unter ihrer Flagge

---

[1]) Diesem Vertrag ist Italien durch Erklärung vom 21. 12. 1885 beigetreten.

[2]) Zur Ausführung dieser Verträge haben Egypten und die Türkei zahlreiche, zum Teil mustergiltige Bestimmungen erlassen, freilich zuweilen ohne Erfolg. Nouv. R. G. 2. Ser. Bd. 16. S. 65. ff.

[3]) vgl. auch türk. Gesetz vom 4./16. 12. 1889 Actes S. 283.

[4]) Nouv. R.G. 16. S. 36 u. 61.

[5]) Actes S. 67 und 173.

[6]) vgl. insbesondere v. Martitz.

führen, dagegen war es nicht zulässig, dass z. B. amerikanische Kriegsschiffe unter deutscher Flagge fahrende Schiffe anhielten und durchsuchten. Aber auch inhaltlich waren, wie eben gezeigt, die Verträge ausserordentlich verschieden. Endlich hatte sich inzwischen auch die Sachlage völlig verändert. Einerseits hatte der Exporthandel von der Westküste Afrikas nach Amerika völlig aufgehört, andererseits hatten die europäischen Mächte mehr und mehr die Länder der Ostküste Afrikas ihrer Schutzherrschaft unterworfen. Jetzt war es möglich, einen grossen Schritt weiter zu gehen in der Bekämpfung des Sklavenhandels, nämlich den Sklavenhandel in seiner Wurzel zu treffen, den Sklavenjagden im Innern Afrikas ein Ende zu machen.[1])

II. Dieses Ziel liess sich nur durch internationale Vereinbarung erreichen. Eine Handhabe dazu bot die Berliner Konferenz vom Jahre 1884/85. Auf Deutschlands Einladung kamen Vertreter von 14 Mächten (Belgien, Dänemark, Deutschland, England, Frankreich, Italien, Niederlande, Oesterreich, Portugal, Russland, Schweden, Spanien, Türkei, Vereinigte Staaten) in Berlin zusammen, um über das Schicksal des schwarzen Erdteils zu beraten. Denn die Teilung Afrikas war das Ziel der auf der Konferenz vereinigten Mächte, zu denen durch Adhäsions-Acte vom 26. 2. 1885 noch der inzwischen gebildete Kongostaat hinzukam.

Auf unsere Frage nimmt die Kongo-Akte vom 26. 2. 1885 (R.G.Bl. S. 215) in ihren Artikeln 6 und 9 Bezug. Art. 6 verpflichtet die Mächte „an der Unterdrückung der Sklaverei und insbesondere des Sklavenhandels mitzuwirken.“ Art. 9 mit der Überschrift: Erklärung, betreffend den Sklavenhandel, erklärt „Sklavenhandel und die Operationen, welche zu Lande oder zur See diesem Handel Sklaven zuführen, als verboten“ und verpflichtet die Mächte „zur Anwendung aller ihnen zur Gebote stehenden Mittel, um diesem Handel ein Ende zu machen und diejenigen, welche ihm obliegen, zu bestrafen.“

Principiell ist die Ausdehnung der Bekämpfung des Sklavenhandels auf das Festland sehr wichtig, aber da positive Massregeln nicht vereinbart waren, so musste ein wirklicher Erfolg, wie ihn v. Martitz optimistisch voraussah, ausbleiben.

---

[1]) Wie notwendig dies war, geht aus einer Berechnung Livingstones hervor, wonach von 350000 im Innern Afrikas eingefangenen Sklaven etwa nur 80000 die Küste erreichen.

III. Indes war die Kongo-Akte doch nicht ohne allen Einfluss. England und Deutschland schlossen im Jahre 1888 ein Abkommen[1]) über eine gemeinsame Blokade[2]) der Ostküste Afrikas, um dem Sklavenhandel und der Einfuhr von Kriegsmaterial wirksam entgegen zu treten[3]). An der Blokade beteiligten sich ausserdem Italien durch Absendung eines Kriegsschiffes und Portugal,[4]) indem es am 8. 12. 1888 den Teil der Kolonie Mozambique zwischen 10° und 12° südlicher Breite im Blokadezustand erklärte.

Frankreich schickte einen Kreuzer, aber nur um die unter französischer Flagge fahrenden Schiffe zu überwachen, es nahm also an der internationalen Blokade nicht teil.

Der Kongostaat erliess ein Gesetz gegen den Handel mit Gewehren und traf Überwachungsmassregeln.

Nach zehnmonatlicher Dauer wurde die Blokade aufgehoben, nachdem der Sultan von Sansibar ausreichende Dekrete gegen den Sklavenhandel erlassen hatte.

ZWEITER ABSCHNITT.

Die Brüsseler Antisklaverei-Konferenz.

§ 5.

1. Berufung und Gang der Beratungen.

I. Wie wenig den Mächten selbst der Erfolg der Kongoakte genügte, geht daraus hervor, dass bereits 4 Jahre später eine neue Konferenz zur Lösung der Sklavenfrage zusammentrat.

Im Herbst des Jahres 1889 ergingen von der belgischen Regierung Einladungen an zahlreiche Mächte, Vertreter zu einer Konferenz nach Brüssel zu entsenden, welche „die geeignetsten Mittel zur Unterdrückung des Sklavenhandels erforschen sollte“. 17 Staaten (die 15 Staaten der Kongo-Konferenz, Persien und Sansibar) folgten dieser Einladung.

---

[1]) Abgedruckt bei Lentner im Anhang.

[2]) Über die juristische Natur dieser Blokade vgl. Rolin Jaecquemyns in der Revue de droit international 1889. S. 203 ff. Er bezeichnet sie als mesure de haute police internationale.

[3]) Die deutsche Regierung bewilligte durch Gesetz vom 2. 2. 1889. (R. G. Bl. 1889 S. 3) dazu einen Kredit bis zur Höhe von 2 000 000 M.

[4]) Europäischer Geschichtskalender 1888 S. 184.

Am 18. November 1889 fand die erste Sitzung statt. Bis zum 2. Juli 1890 berieten die Vertreter aller Kulturmächte in zahlreichen Plenar- und Kommissionssitzungen über „cette oeuvre grande et pure, généreuse et désintéressée“, aber auch „difficile et ardue“ [1]). Den Vorsitz in der Konferenz und in sämtlichen Kommissionen führte der belgische Staatsminister Baron Lambermont, den Engelhardt in seinem Bericht [2]) über die Konferenz mit Recht als „âme de la Conférence“ rühmt.

II. Als Aufgabe der Konferenz bezeichnete Lord Vivian, einer der englischen Bevollmächtigten, treffend: [3]) „wirksame Massregeln zu beraten, um die Grundsätze der Berliner Konferenz zu verwirklichen und gemeinsames Handeln an die Stelle des Handelns einzelner zu setzen.“

Prinzipiell ausgeschlossen waren alle territorialen Fragen.

Im Gegensatz zu früheren Konferenzen war ein ausführliches Programm nicht aufgestellt; jedoch hatte die belgische Regierung Vorschläge ausarbeiten lassen, welche die Arbeit der Konferenz erleichterten.

III. Der Gang der Beratungen ergab sich aus der Betrachtung der Operationen der Sklavenhändler. Danach gliederten sich die Verhandlungen wie folgt. Erörtert wurden

1. Massnahmen zur Unterdrückung des Sklavenhandels in den Ursprungsländern, d. h. denjenigen Ländern, aus deren Bewohnern die Sklaven entnommen werden.
2. Massnahmen etc. auf dem Transport zu Lande und zu Wasser.
3. Massnahmen etc. in den Bestimmungsländern, d. h. denjenigen Ländern, in welchen die geraubten Sklaven verkauft werden.

   Im Laufe der Verhandlungen kam noch hinzu:
4. Beschränkung des Handels mit Spirituosen.
5. Revision des Berliner Vertrags bezüglich der Handelsfreiheit im Kongobecken.

IV. Zur Vorberatung wurden Kommissionen ernannt:

1. über Massnahmen in den Ursprungsländern und auf dem Transport zu Lande (Kapitel 1 u. 2 der Gen. Akte),
2. über Massnahmen auf dem Transport zur See (Kap. 3),
3. über Massnahmen in den Bestimmungsländern (Kap. 4),
4. zur Prüfung der englischen Vorschläge über (Kap. 6) Be-

---

[1]) Fürst Chimay, welcher die Konferenz eröffnete. Actes S. 10.

[2]) Ann. Institut (1889—92) Bd. 11. S. 241 ff.

[3]) Actes S. 20.

schränkung des Handels mit Spirituosen, und des belgischen Vorschlages über Erhebung eines Eingangszolles für die Länder im konventionellen Kongobecken[1]).

5. Zur Prüfung der Einrichtungen zur Sicherung der Generalakte (Kap. 5).
6. Zur Redigierung der Gen.-Akte. Ohne Kommissionsberatung wurden die Schlussbestimmungen (Kap. 7) über Geltungskraft, Beitritt anderer Mächte und Ratifikation erledigt.

2. Inhalt der General-Akte.

§ 6.

a) Bekämpfung des Sklavenhandels zu Lande.

A. In den Ursprungsländern.

I. Die Massregeln zur Bekämpfung des Sklavenhandels in den Ursprungsländern sind zum Teil den Mächten nicht obligatorisch auferlegt, weil eine sofortige Verwirklichung zu grosse Geldopfer gefordert hätte. So erklären die Mächte nur die in Art. 1 aufgezählten Mittel als die wirksamsten zur Bekämpfung des Sklavenhandels. Zwar verpflichten sie sich im Art. 3, die Unterdrückung des Sklavenhandels mit diesen oder anderen Mitteln zu betreiben. Aber die Klausel „nach und nach, je nachdem es die Umstände zulassen" bewirkt, dass unter Umständen selbst völliges Unterlassen keine Verletzung der Vertragspflichten ist. Obligatorisch sind dagegen die Strafbestimmungen des Art. 5, das Verbot der Einfuhr von Feuerwaffen und Spirituosen, die Massregeln bezüglich der befreiten Sklaven. Alle diese Massregeln sind entweder militärischer oder wirtschaftlicher oder strafrechtlicher Natur[2]).

a) Militärische Massnahmen empfiehlt die G.A. folgende:

1. Errichtung von militärischen Stationen im Innern zum Schutz der eingeborenen Völkerschaften gegen Sklavenhändler, zur friedlichen Beilegung von Kriegen zwischen den Stämmen, und zum Schutz von kulturfördernden Unternehmungen (Art. 1 Z. 2, Art. 2 Z. 1—4).

---

[1]) Die daraus hervorgegangene „Erklärung" kann natürlich nicht erörtert werden.

[2]) Über diese letzteren vgl. zweiten Teil § 14 S. 44.

2. Expeditionen zu Lande, Kreuzfahrten zu Wasser, um die Transportwege zu überwachen (Art. 1 Z. 6, Art. 2 Abs. 1).
3. Errichtung von Stützpunkten an den Ausfuhrhäfen, den End- und Kreuzungspunkten der Karawanenstrassen, um die ankommenden Karawanen zu kontrolieren, Sklaven-Transporte abzufangen und die Bildung und den Aufbruch von Sklavenhändlerbanden zu verhindern (Art. 15—17).

b) Wirtschaftlicher Natur sind folgende Massregeln:
1. gewissermassen als Zusammenfassung aller fortschreitende Organisation der Verwaltung (Art. 1 Z. 1) Gerichtsbarkeit, der kirchlichen und militärischen Einrichtungen.
2. Anlage von Strassen, Eisenbahnen, Dampfschiffen, Telegraphenlinien (Art. 1 Z. 3—5).
3. Verbreitung von Ackerbau und Gewerbe unter den Eingeborenen, Schutz von Handels-Unternehmungen und Missionen, Krankenpflege (Art. 2 Z. 1—4).
4. Verbot der Einfuhr von Feuerwaffen und Munition (siehe II.) (Art. 1 Z. 7, Art. 8—14).
5. Beschränkungen des Handels mit Spirituosen (siehe III.) (Art. 90—95).
6. Behandlung der befreiten Sklaven (siehe IV.) (Art. 6, 18, 28, 29, 52, 66, 72, 86—89).

II. Die Banden der Sklavenhändler verdanken ihre Erfolge grösstenteils ihren vorzüglichen Waffen, durch welche sie den eingeborenen Völkerschaften weit überlegen sind. Diesem Übelstande kann man abhelfen, indem man entweder auch den Eingeborenen gute Waffen verschafft oder aber den Sklavenhändlern die Zufuhr solcher Waffen abschneidet.

Das erste Mittel ist auch wirklich von einigen Missionaren vorgeschlagen worden[1]; da es diesen aber bekannt war, dass gerade einheimische Völkerschaften nicht selten den Sklavenhändlern gute Dienste leisten, so wollen sie zwischen den einzelnen Völkerschaften unterscheiden und nur denen Waffen verleihen, welche sich dessen würdig erzeigen! Aber wie soll man denn unter den zahllosen Stämmen eine so feine Unterscheidung machen können! Und wenn man es könnte, würden sich nicht auch unter den „würdigen Stämmen" unwürdige

---

[1]) Vgl. Leutner S. 67, 68.

Elemente finden, welche die Waffen doch zum Sklavenraub missbrauchen?

So bleibt nur der andere Weg übrig. Frankreich schlug vor, die Einfuhr von Waffen im ganzen Kontinent Afrikas zu verbieten. Das ging vielen zu weit; man einigte sich schliesslich dahin, das Verbot auf die in Art. 8 festgesetzte Zone (Afrika zwischen 20 ° nördlicher und 22 ° südlicher Breite einschliesslich der weniger als 100 Seemeilen von der Küste entfernten Inseln) zu beschränken. Madagaskar und die Komoren liegen nicht in dieser Zone; auf Drängen Deutschlands erklärte jedoch Frankreich [1]), es werde die Einfuhr von Waffen nach Madagaskar und die Ausfuhr von dort nach den deutschen, englischen und portugiesischen Schutzgebieten verhindern.

Zur wirksamen Durchführung dieses Verbots, das naturgemäss von Ausnahmen durchbrochen werden musste, wurde zunächst vorgeschlagen aus der Einfuhr von Waffen ein Staatsmonopol zu machen, schliesslich aber dem Entwurfe Dr. Arndts (régime général d'entrepôt) der Vorzug gegeben.

Danach müssen sämtliche importierte Feuerwaffen und Munition in ein öffentliches (nur ausnahmsweise privates) Lagerhaus gebracht werden. Aus diesen dürfen

1. Gezogene und vervollkommnete Gewehre nebst dazu gehöriger Munition nur zum Gebrauch der Regierungen und unter gewissen Kautelen zum persönlichen Gebrauch Privater verabfolgt werden.
2. Nicht gezogene Feuersteingewehre und gewöhnliches Schiesspulver dürfen auch zu Handelszwecken verabfolgt werden. Jedoch haben dann die Regierungen die Bezirke zu bestimmen, innerhalb welcher sie verkauft werden dürfen, wobei Sklavenhandel-Distrikte stets ausgeschlossen sind. Die Händler müssen alle 6 Monate Listen über die verkauften und die noch vorhandenen Gewehre bei der Verwaltungsbehörde einreichen.

Diese Beschränkungen finden nicht statt, wenn die Waffen bloss nach dem Gebiete einer anderen Macht, die keinen Zugang zum Meere hat, durchgeführt werden sollen.

Diejenigen Signatarmächte, deren Besitzungen an die Zone angrenzen, verpflichten sich die Einfuhr aus diesen nach der Zone zu verhindern.

---

[1]) Actes S. 165, 374 u. 45.

In den deutschen Schutzgebieten sind Verordnungen der Gouverneure und Kommissare ergangen, welche diesen Forderungen mehr oder weniger entsprechen. Beinahe wörtlich mit der G.-A. stimmen die Verordnungen für Togo [1]) und Kamerun überein; die Verordnung für Ostafrika [2]) macht aus der Einfuhr und dem Handel mit Feuerwaffen ein Monopol der Regierung mit einzelnen Ausnahmen; die Verordnung für Südafrika [3]) fordert zur Einfuhr die Erlaubnis des Kommissars, für den Handel mit nicht gezogenen Gewehren ist eine Licenzgebühr von 200 M. zu entrichten.

III. Die verderblichste Gabe der europäischen Kultur, die Spirituosen, drohten wie einst die Indianer, so jetzt die Neger zu Grunde zu richten. Wollte man das wahre Wohl der Neger, so musste man diesem Erzeugnis den Eingang verschliessen [4]). Ein Antrag [5]), ein ähnliches System, wie bei der Einfuhr von Feuerwaffen einzuführen, wurde abgelehnt, ebenso der verspätete Antrag der Vereinigten Staaten, wonach die Einfuhr allen gefälschten Alkohols verboten, diejenige reinen Alkohols nur, wenn er mit amtlichen Zeugnissen versehen sei, erlaubt sein sollte.

Das schliessliche Ergebnis ist folgendes: Die ganze Regelung bezieht sich nur auf dieselbe Zone wie oben. (Frankreich hatte wiederum Ausdehnung auf den ganzen Kontinent verlangt.).

Hier kommt es darauf an, ob in den Gebieten der Alkoholgenuss schon eingebürgert ist oder nicht. (Die Abgrenzung der Gebiete nach dieser Richtung ist Sache der Regierungen). In letzteren ist die Einfuhr und die Fabrikation geistiger Getränke zum Gebrauch für Eingeborene völlig verboten. In den übrigen Gebieten soll ein Einfuhrzoll oder eine Steuer für Fabrikation von mindestens 15 fr. pro hl von 50° Alkoholgehalt erhoben werden, vorbehaltlich späterer Änderung.

Die in den deutschen Schutzgebieten, zum Teil vor der General-Akte erlassenen Verordnungen, entsprechen derselben in verschiedenem

---

[1]) Verordnung für Togo vom 16. 9. 1892 Riebow Nr. 80. u. 81. Kolisch S. 452. Verordnung für Kamerun vom 16. März 1893. Kolisch S. 414.

[2]) Verordnung vom 9. 7 1892 u. 25. 5. 1894. Riebow Nr. 144. Kolisch S. 614. Zu vergl. auch die Ausfuhrverbote v. 15. Juli 1892 u. 1895 Kolisch S. 613.

[3]) Vom 10. 8. 1892 Riebow Nr. 114. Kolisch S. 499.

[4]) Vgl. Resolution des deutschen Reichstags vom 14. Mai 1889.

[5]) Portugal bestritt den Zusammenhang dieser Frage mit der Aufgabe der Konferenz Act. S. 87.

Grade. Am wenigsten die Verordnung für Südwestafrika [1]), welche von den Händlern nur eine geringe Abgabe von jährlich 300 Mark verlangt. In Kamerun [2]) beträgt diese Abgabe doch wenigstens 2000 Mark. In Ostafrika [3]) ist der Verkauf geistiger Getränke an Farbige verboten, für die Einfuhr wird ein Zoll von 16 Pesa = $^1/_4$ Rupie pro l, und für die Fabrikation geistiger Getränke im Lande selbst eine Steuer von 10 Rupien [4]) pro hl erhoben. Die Verordnung für Togo [5]) endlich entspricht fast wörtlich der General-Akte.

IV. Mit der blossen Befreiung ist den Sklaven wenig genützt, sie müssten meistens elend verhungern, wenn man nicht weiter für sie sorgte. Dies kann geschehen, indem man sie in ihre Heimat zurücksendet oder aber ihnen an Ort und Stelle Unterkommen und Lebensunterhalt verschafft. Die General-Akte geht aus von der ersteren Möglichkeit. Sofern dies die Umstände nicht gestatten, trifft die General-Akte Bestimmungen, welche sich an das egyptische Reglement [6]) vom 4. 8. 1877 anlehnen, regelt aber die Verhältnisse nicht so eingehend.

In welcher Weise für die männlichen, erwachsenen Sklaven gesorgt werden soll, ist nicht gesagt. (Nach dem egyptischen Reglement werden sie als Bedienstete, Ackerbauer oder Soldaten verwandt). Die befreiten Frauen sollen in besonderen Anstalten (das Reglement sieht auch Verwendung als Bedienstete in Privathäusern vor), die Kinder in Erziehungsanstalten untergebracht werden.

Ob in den deutschen Schutzgebieten in dieser Beziehung etwas geschehen ist, habe ich nicht erfahren können. [7])

B. In den Bestimmungsländern.

Naturgemäss wird der Sklavenhandel niemals ganz aufhören, solange noch Sklaverei besteht.

---

[1]) V. vom 1. 4. 1890. Riebow Nr. 113. Kolisch S. 501. Abgeändert durch V. v. 21. 1. 95. Kolisch S. 507.

[2]) V. v. 20. 7. 1885 Riebow Nr. 59. Kolisch S. 418.

[3]) V. v. 1. 8. 1891 u. 16. 1. 1893 u. 17. 2. 94. Riebow Nr. 159. 161. Kolisch S. 586 u. 619.

[4]) 1 Rupie = etwa 2 M.

[5]) V. v. 21. 5. 1892 Riebow Nr. 92. Kolisch S. 442, aber auch in ihr ist wie in den übrigen V. die vorgesehene Abgrenzung der Gebiete, je nachdem ob Alkoholgenuss schon eingebürgert ist oder nicht, nicht erfolgt; ob mit Recht, entzieht sich meiner Beurteilung.

[6]) Nouv. R. G. 2. Serie Bd. 16. S. 67 ff.

[7]) Jedenfalls findet sich bei Riebow u. Kolisch keine derartige Verordnung.

Nun dulden aber die Türkei, Persien und Sansibar die Sklaverei nicht nur, sondern sie ist bei ihnen mit den sittlichen und religiösen Anschauungen, ja mit der ganzen Kultur so eng verwachsen, dass eine so radikale Reform, wie einst in Amerika, völlig unmöglich wäre, selbst wenn die betreffenden Staaten sie beabsichtigten.

Man muss sich daher darauf beschränken, dem Sklavenhandel entgegenzutreten.

Verboten ist Einfuhr,[1] Durchfuhr, Ausfuhr, Handel mit afrikanischen Sklaven. Ein weitergehender Antrag, auch den Verkauf von Familie zu Familie zu verbieten, wie es in Egypten geschehen ist, wurde mit Rücksicht auf die Türkei abgelehnt. Zur Durchführung dieses Verbots soll eine strenge Überwachung der Orte, wo Sklaven eingeführt, durchgeführt oder ausgeführt werden, stattfinden. Ausserdem verpflichten sich auch diese Mächte, ebenso wie die übrigen, Freilassungsbüreaus zu errichten und die befreiten Sklaven zu schützen.

Nun herrscht ja unter den Eingeborenen unserer Schutzgebiete ebenfalls Sklaverei, wie auch in denen anderer Mächte. Es ist deshalb in der Kommission ausdrücklich festgestellt worden, dass sich die soeben erörterten Bestimmungen nur auf solche Länder beziehen sollen, wo die Sklaverei eine nationale, nicht auf solche, wo sie eine lokale oder koloniale Einrichtung ist.

§ 7.

b) Bekämpfung des Sklavenhandels zur See.

I. Über die seerechtlichen Massnahmen zur Einigkeit zu gelangen, war die schwerste Aufgabe der Konferenz. Standen sich doch in dieser Frage die beiden ersten Seemächte, England und Frankreich, schroff gegenüber.

Dem Sklavenhandel zur See kann man entgegentreten, indem man ihn zu verhindern oder zu unterdrücken sucht. Ersteres System, welches Frankreich wünscht, beschränkt sich darauf, die aus den Häfen auslaufenden Schiffe zu kontrollieren und die Verleihung des Flaggenrechts an strenge Voraussetzungen zu knüpfen. Letzteres System, seit einem Jahrhundert von England unermüdlich verfochten, verlangt Kontrolle der Schiffe auf offener See und Einräumung eines Durch-

[1]) Vgl. auch das türkische Gesetz vom Dezember 4. 12. 1889, in französischer Übersetzung Actes S. 283.

suchungsrechts fremder Handelsschiffe, eine Massregel, welche Frankreich für unvereinbar mit seiner nationalen Ehre erklärt.

Beide Länder standen zu Anfang der Konferenz fest auf ihrem Standpunkt[1]) zeigten sich jedoch im Laufe der Verhandlungen zu Koncessionen geneigt.

Der englische Entwurf[2]) schlug vor eine gemeinsame Überwachung des Meeres, gesichert durch ein Anhalte- und Durchsuchungsrecht innerhalb einer bestimmten Zone, ferner Aburteilung vor gemischten Gerichtshöfen, endlich geeignete Massregeln, um Usurpation der Flagge zu verhindern. Der Umstand, dass das Durchsuchungsrecht unter dem Namen droit de surveillance, nicht droit de visite eingeführt war, bewog die französischen Bevollmächtigten, sich an der Beratung zu beteiligen und sogar einen Gegenentwurf[3]) vorzulegen. Dieser bestand aus einem projet de traitó und einem projet de règlement. Ersteres stand auf dem Standpunkte, dass ein Kauffahrteischiff nur der Kontrolle seiner nationalen Kriegsschiffe unterworfen, ein Durchsuchungsrecht von fremden Kriegsschiffen also unbedingt ausgeschlossen sein müsse. Nur bei einheimischen Schiffen, d. h. solchen, welche eine einheimische Bauart und Takelung haben, und von deren Besatzung der Kapitän und die Mehrzahl der Matrosen Eingeborene eines der vom Indischen Ocean, vom Roten Meer oder vom Persischen Meerbusen bespülten Länder sind (Gen.-Akte. Art. 31), machte es eine Ausnahme von diesem Princip, indem es wenigstens eine Prüfung der Schiffspapiere erlaubte, um festzustellen, ob das Schiff berechtigt sei, die betreffende Flagge zu führen.

Das projet de règlement regelte die Verleihung des Flaggenrechts an einheimische Schiffe und entspricht den Art. 30, 32—38 Abs. 2 der General-Akte.

England erklärte darauf, unter keinen Umständen auf das Durch-

---

[1]) Frankreichs Minister des Äusseren, Spuler, wies in der Instruktion vom 5. 12. 1889 (Staatsarchiv Bd. 53 No. 10 284) die französischen Bevollmächtigten an, falls das droit de visite zur Verhandlung käme, nicht an der Beratung teilzunehmen. Hier heist es u. A: vous ne devez perdre de vue, que s'il est possible d'arriver à l'établissement d'une police internationale dans la mer des Indes, ce ne peut être qu'à la condition que l'on mette hors de cause le principe, d'après lequel un navire appartenant à un citoyen Français et naviguant sous pavillon français ne peut pas être visitó en pleine mer par un bâtiment de guerre étranger.

[2]) Actes S. 128, Staatsarchiv Bd. 54. Nr. 10 320.

[3]) Actes S. 132. Staatsarchiv Bd. 54. Nr. 10 321.

suchungsrecht, welches ihm durch die bestehenden Verträge eingeräumt sei, verzichten zu können, und kam nur insoweit entgegen, als es dieses Recht auf die festgesetzte Zone und Schiffe von weniger als 500 t Gehalt beschränken und von den gemischten Gerichtshöfen abstehen wollte.

So schien es, als sollte eine internationale Vereinbarung nicht zustande kommen. Deshalb wurde der um das heutige Völkerrecht hochverdiente zweite Bevollmächtigte Russlands, Fr. v. Martens, mit der Aufgabe betraut, eine Kodifikation beider Entwürfe zu versuchen. Es gelang ihm, die beiden einander widersprechenden Entwürfe zu einem Ganzen zu verschmelzen, in welchem beiden Teilen Rechnung getragen wurde. Sein Entwurf ging in allem Wesentlichen in die General-Akte über. Doch wurden im einzelnen noch zahlreiche Abänderungen in der Kommission und der Konferenz beschlossen. Von diesen sind aber principiell wichtig nur die im Art. 39 und 54 enthaltenen. (Darüber siehe unten).

II. Das System der General-Akte ist nun folgendes:

a) Nicht international sind die Bestimmungen über das Durchsuchungsrecht. Hier bleiben die besonderen Vereinbarungen der einzelnen Mächte bestehen. Es ist auch leider nicht einmal ein internationaler Verpflichtungsgrund geschaffen.

Die in der Übersicht § 3 aufgezählten Verträge gelten daher noch, soweit sie nicht durch die General-Akte verändert sind (Art. 24), was in vielen Punkten geschehen ist. Hinzukommt der Vertrag zwischen England und Spanien vom 2. Juli 1890.[1]) Dieser räumt ein gegenseitiges Durchsuchungsrecht ein, beschränkt auf die Zone der G.-A. und Schiffe von weniger als 500 t Gehalt, setzt Aburteilung vor nationalen Gerichtshöfen fest und enthält im Art. 8 die Klausel: Die allgemeinen Bestimmungen der G.-A. sind anwendbar.

Diese doppelte Einschränkung des Durchsuchungsrechtes findet nach Art. 22 und 23 auch bei den übrigen bisher geltenden Verträgen Anwendung. Die Zone (Art. 21) wird begrenzt von der Küste des Indischen Oceans (einschliesslich des Persischen Meerbusens und des Roten Meeres) von Belutschistan bis zum Kap von Tangalane (Ort Quilimane), dann von einer vereinbarten Linie, welche entlang dem Meridian von Tangalane bis zu dessen Schnittpunkt mit dem 26° südl. Breite, dann diesen entlang bis zur Höhe von Madagaskar, östlich und

[1]) Nouv. Rec. G. 2. Série. Bd. 28 S. 168.

nördlich um diese Insel herum in einer Entfernung von 20 Seemeilen von der Küste bis zum Meridian von Kap Amber, endlich schräg nach der Küste von Belutschistan zurückläuft, sodass sie an Kap Ras el Had in einer Entfernung von 20 Meilen vorbeiführt.

b) International sind dagegen alle anderen Bestimmungen. Da der Sklavenhandel jetzt nur noch auf einheimischen Schiffen, welche sich europäischer Flaggen bedienen, betrieben wird, so sind eine Anzahl Massregeln vereinbart, welche dazu dienen sollen, entweder den Sklavenhandel unmöglich zu machen oder ihn zu unterdrücken, wenn er doch vorkommt.

α) Ersteren Zweck verfolgen die strengen Vorschriften über Verleihung des Flaggenrechts, Überwachung der einheimischen Schiffe durch Kontrolle der Musterrollen und Passagierlisten.

1) Die Verleihung des Flaggenrechts an .einheimische Schiffe[1]) ist an zahlreiche Voraussetzungen betreffend Abkunft und Leumund von Rheder, Schiffseigentümer und Kapitän geknüpft (Art. 32). Sie muss jedes Jahr erneuert, kann beliebig, muss im Falle vorgekommenen Sklavenhandels entzogen werden (Art. 33 und 40). Die Berechtigung muss am Schiff deutlich erkennbar gemacht werden (Art. 34).

2) Die Mannschaft ist in Musterrollen einzutragen, welche bei jeder Abfahrt zu erneuern und von den Behörden zu prüfen sind, damit nicht etwa versteckt Sklavenhandel getrieben wird. (Art. 35).

3) Wenn schwarze Passagiere eingeschifft werden sollen, so sind sie in ein Verzeichnis einzutragen. Die Behörde hat die Rechtmässigkeit zu überwachen. Die Verzeichnisse unter 2) und 3) sind in jedem Auslaufe-, Anlege- und Bestimmungshafen von der Behörde zu visieren. Wo keine Behörde einer Signatarmacht ihren Sitz hat, darf, abgesehen von Fällen höherer Gewalt, weder Aus- noch Einschiffung von Passagieren erfolgen (Art. 38).

Diese rigorosen Vorschriften würden auch den unverdächtigen, reellen Küstenhandel vernichtet haben. Deshalb wurde unter zahlreichen Vorsichtsmassregeln eine Ausnahme für Küstenfahrzeuge gemacht, die sich nicht weiter als 5 Seemeilen von der Küste entfernen (Art. 39). Frankreich wollte diese Ausnahmen auch auf die Komoreninseln, Portugal auf eine Reihe namentlich aufgeführter Inseln ausgedehnt

[1]) Vgl. für Ostafrika die Verordnung betreffend die Erteilung des Rechts zur Führung der Reichsflagge an Eingeborene, vom 28. Juli 1891. [Riebow Nr. 162 u. die Ausführungsverordnungen v. 1. 3. u. 20. 6. 1893 Kolisch S. 595—600.

wissen, welche mehr als 5 Meilen von einander oder vom Festlande entfernt sind[1]).

β) Für die Verfolgung und Aburteilung verdächtiger Schiffe sind folgende Massregeln vereinbart:

1) Hält der kommandierende Offizier eines Kriegsschiffes[2]) ein Handelsschiff von unter 500 t Gehalt, welches ihm in der angegebenen Zone begegnet, für verdächtig entweder des Sklavenhandels oder der missbräuchlichen Führung der Flagge eines Vertragsstaates, so kann er eine Prüfung der Schiffspapiere vornehmen (Art. 42).

Der zweite Absatz dieses Artikels, eingefügt auf Antrag Frankreichs und Portugals, giebt dieser Bestimmung eine wesentliche Einschränkung. Denn danach dürfen in den Territorialgewässern nur Kriegsschiffe des Territorialstaates dieses Recht ausüben[3]).

Aufruf der Passagiere und Mannschaft und Durchsuchung des Schiffes darf nur auf Grund besonderer Verträge stattfinden (Art. 44 Abs. 2, 45).

Das Verfahren bei der Prüfung der Schiffspapiere ist folgendes: Das verdächtige Schiff wird angerufen, ein Schiffsoffizier geht an Bord, prüft die in Art. 41 aufgezählten Papiere, und nimmt darüber ein Protokoll auf, dem Kapitän und Zeugen des angehaltenen Schiffes Erklärungen beifügen können (Art. 43 und 46). Findet er alles in Ordnung, so kann das Schiff weiterfahren. Hält er dagegen seinen Verdacht für begründet, so kann er das Schiff in den nächsten Hafen der Zone führen, wo sich eine ständige Behörde des Landes befindet, dessen Flagge das Schiff führte. Auch kann er das Schiff einem Kreuzer dieses Staates übergeben, falls der Kommandant dieses letzteren zur Übernahme bereit ist (Art. 49).

2. Die erwähnte Behörde[4])[5]) hat in Gegenwart des beschlag-

---

[1]) Die dagegen erhobenen Reserven Englands wurden nicht aufrecht erhalten. Act. S. 377.

[2]) Besonderer Auftrag, wie nach früheren Verträgen, ist also nicht mehr erforderlich.

[3]) Im Jahre 1893 hatten englische Schiffe in madagaskischen Gewässern Schiffe unter französischer Flagge angehalten. Frankreich protestierte dagegen, und England gestand zu, dass die englischen Schiffe im Unrecht waren. Vgl. Revue générale du droit international public I, S. 84.

[4]) Zu vgl. die Kaiserl. Verordnung betreffend Ausführungsbestimmungen zur G.A. v. 17. 2. 1893 (Rg.Bl. S. 13.)

[5]) Nach § 2 dieser Verordnung der zur Ausübung der Gerichtsbarkeit 1. Instanz ermächtigte Beamte.

nehmenden Offiziers (Art. 50) eine Voruntersuchung vorzunehmen.

aa) Ergiebt diese, dass das Schiff zu Unrecht angehalten ist, so hat dessen Kapitän Anspruch auf Schadensersatz, welcher von derselben Behörde festgesetzt wird (Art. 53). Hält der Offizier die ganze Entscheidung für unrichtig [1]), so ist die Sache dem kompetenten Gerichtshof zu überweisen (Art. 54). Bestreitet er bloss die Höhe des Anspruches, so ist darüber durch Schiedsgericht [2]) zu entscheiden (Art. 45).

bb) Bestätigt die Voruntersuchung den Verdacht, so ist das Schiff, welches sich der missbräuchlichen Flaggenführung schuldig gemacht hat, dem aufbringenden Schiff zuzusprechen [3]). Liegt dagegen ein Fall von Sklavenhandel vor, so hat die untersuchende Behörde das Schiff in Verwahrung zu halten und die Sache dem zuständigen Gericht zu überweisen (Art. 51. 52).

3. Zuständig zur Entscheidung sind die Gerichtshöfe der Nation, deren Flagge das aufgebrachte Schiff geführt hat [4]). Das Verfahren ist möglichst summarisch zu gestalten (Art. 56. 57).

aa) Lautet das Urteil auf Freisprechung, so ist dem Schiffe und der Mannschaft volle Freiheit zu geben. Der Kapitän hat Anspruch auf Schadensersatz, wenn das Schiff ohne Grund angehalten ist. Dieser wird durch Vereinbarung der Regierungen festgestellt (eventuell auch durch Schiedsspruch) und 6 Monate nach dem Urteil erstattet (Art. 58).

bb) Ergeht eine Verurteilung, so verfällt das Schiff als gute Prise der Regierung des aufbringenden Schiffes. Die Mannschaft ist nach den bestehenden Landesgesetzen zu bestrafen (Art. 59).

Die übrigen Bestimmungen der G.-A. können hier übergangen werden. Sie finden teils noch anderweitig Erwähnung, teils sind sie wie die Art. 74—80 (Einrichtung des internationalen maritimen Büreaus in Sansibar und 81—85 (Koncentrierung aller auf Sklavenhandel bezüglichen Dokumente in Brüssel) lediglich formeller Natur und für unsere Frage weniger wichtig.

---

[1]) Nach § 6 der V. muss er aber binnen drei Tagen nach Zustellung der Entscheidung eine dahingehende Erklärung abgeben.

[2]) v. Martens' Entwurf liess auch im ersten Falle ein Schiedsgericht entscheiden.

[3]) Nach § 4 der V. giebt es gegen diese Entscheidung nur das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (binnen 3 Tagen).

[4]) Nach § 6 der V. die Gerichtsbehörde 1. Instanz.

3. Weitere Schicksale der General-Akte.

§ 8.

a) Unterzeichnung und Ratification.

I. Als Tag der Unterzeichnung war zunächst festgesetzt der 25., dann der 27., dann der 28. Juni 1890.

Schwierigkeiten machten zuletzt noch die Niederlande.

Diese wollten die Erklärung über die Erhebung von Zöllen im konventionellen Kongobecken nicht mit unterzeichnen. Der Kongostaat bestand jedoch darauf, dass auch diese Erklärung mit unterzeichnet würde, und machte seinen Beitritt von dieser Bedingung abhängig. Endlich beschloss man das Protokoll für die Niederlande und die Türkei, deren Vertreter noch keine Vollmacht zum Unterzeichnen hatten, während sechs Monaten offen zu halten. So wurde die General-Akte am 2. Juli 1890 unterzeichnet.

II. Nach Art. 99 sollen die Ratifikationsurkunden der G.-A. spätestens ein Jahr nach der Unterzeichnung der belgischen Regierung zugestellt werden, welche sie in ihren Archiven aufbewahrt. Sind alle Ratifikationen beigebracht, spätestens aber ein Jahr nach der Unterzeichnung wird über den Hinterlegungsakt Protokoll aufgenommen. Am 2. Juli 1891 [1]) versammelten sich zu diesem Zwecke wiederum die Vertreter der Mächte (ohne Frankreich und Portugal) in Brüssel. Ratifikationsurkunden waren bis dahin eingegangen von Belgien, dem Kongostaat, Dänemark, Deutschland, England, Italien, den Niederlanden, Persien, Schweden, Sansibar, Spanien. Die Vertreter von Österreich, der Türkei, Russland erklärten, dass die Akte ratificiert und die Urkunde unterwegs sei. Der Vertreter der Vereinigten Staaten erklärte, die Frage sei vor den Senat gebracht, dieser tage aber erst im Dezember wieder. Von Frankreich war die Nachricht eingelaufen, dass es die Ratifikation wegen der Abstimmung der Kammern nicht beibringen könnte. Wegen dieser Abstimmung hatte Portugal beschlossen, das Ratifikationsgesetz seinen Kammern nicht vorzulegen.

Deshalb wurde die Frist für die Ratifikation verlängert, für Frankreich und Portugal um 6, für die Vereinigten Staaten um 7 Monate. Am 2. Januar 1892 war Frankreichs Ratifikation eingelaufen (unter

---

[1]) Ann. étrang. 1892 S. 467, Revue de droit internat. 1892 S. 206, Nouv. R.G. 2. Serie Bd. 17 S. 625.

Ausnahme der Art. 21—23, 42—61)[1]. Portugal erhielt einen neuen Aufschub von 1 Monat. Die Niederlande machten die Reserve, dass zu der schon eingegangenen Ratifikation die erforderliche Genehmigung der Generalstände noch nicht eingeholt sei. Am 2. Februar traf die Ratifikation der Vereinigten Staaten ein, für Portugal musste dagegen nochmals die Frist bis zum 2. April verlängert werden. — Endlich, am 30. März, traf die Ratifikation Portugals ein. Am 1. April erhielt die belgische Regierung von der niederländischen die Mitteilung, dass die Genehmigung der Kammern erfolgt sei. Gemäss Vereinbarung der Mächte und Cirkular vom 17. 2. 1892 trat die Generalakte (nebst Erklärung) am 2. April 1892 in Kraft, d. h. also[2]) am 60. Tage nach dem 2. Februar (Art. 100), ohne Rücksicht auf Portugals Verspätung. Von diesem Tage sind daher die in Art. 14 u. 92 angegebenen Fristen zu berechnen.

III. Ob der in Art. 98 vorgesehene Beitritt andrer Mächte erfolgt ist, habe ich nicht feststellen können. Jedoch glaube ich es verneinen zu dürfen, da sich nirgends eine Notiz darüber findet.

§ 9.

b) Frankreichs Verhalten und das droit de visites.

I. Der französische Gesetzentwurf[3]) betreffend die Ratifikation der Generalakte gelangte in erster Beratung am 24. und 25. Juni 1891 vor die französischen Kammern und wurde mit 439 gegen 104 Stimmen abgelehnt. Welches waren die Gründe zu dieser, die ganze Welt überraschenden Ablehnung?

In der Kammer sagten die einen, die Berliner Generalakte hätte völlig genügt, die Brüsseler sei ganz unnötig. Andere sagten gerade das Gegenteil, auch die General-Akte sei nur platonisch und werde ebensowenig Erfolg haben, wie die Berliner Kongo-Akte. Endlich behauptete man, eine internationale Vereinbarung sei nicht mehr nötig, da ganz Afrika geteilt sei, und jeder Staat in seinem Gebiet den Sklavenhandel unterdrücken könne.

Aber wie sollen Massregeln, wie das Verbot der Einfuhr von Waffen und Spirituosen oder gar die Ueberwachung des Meeres, wirk-

---

[1]) Siehe § 9.

[2]) Danach scheint es, als sei schon am 2. Februar 1892 das Hinterlegungsprotokoll errichtet.

[3]) Ann. franc. 1891 S. 5 und Desjardins.

sam sein, ohne internationale Beteiligung! Der Hauptgrund war die in Art. 42 zugelassene Prüfung der Schiffspapiere, welche man für das verhasste droit de visite hielt.[1])

Der französischen Regierung blieb nichts übrig, als mit den übrigen Mächten in erneute Verhandlung zu treten. Man einigte sich schliesslich dahin, Frankreich zu gestatten, von der Ratifikation der Generalakte die das angebliche Durchsuchungsrecht betreffenden Artikel auszunehmen. Trotzdem nun die öffentliche Meinung[2]) über das angebliche droit de visite garnicht so sehr erregt war, wie etwa im Jahre 1842, trotz der Widerlegung, welche die Gründe der Gegner durch Desjardins (a. a. O.) in wahrhaft glänzender Darstellung erfuhren, trotz des Mahnrufes[3]) des Institut de droit international blieb die Kammer auf ihrem ablehnenden Standpunkt stehen. In der Sitzung vom 29. Dezember 1891 genehmigte sie die General-Akte unter Ausnahme der Art. 21—23, 42—61.

Nun ist aber in dem ratificierten Art. 30 verwiesen auf die im nicht ratificierten Art. 21 festgesetzte Zone. Deshalb hat sich der französische Minister des Äusseren den Mächten gegenüber verpflichtet, die Art. 30—41 in Obock, Madagaskar und auf den Komoren anzuwenden.

II. Was hat es denn nun mit diesem droit de visite für eine Bewandtnis? Über den Begriff herrscht noch immer einige Unklarheit, insbesondere hervorgerufen durch die nicht genügend berücksichtigte, verschiedene Bedeutung des französischen visite und des englischen visit. Aus rein sprachlichen Gründen lässt sich dieser Unterschied nicht gewinnen, beide Worte können sowohl Besuch, als auch Durchsuchung bedeuten. Man muss daher auf die Bedeutung in den Verträgen zurückgehen; dann kommt man zu folgendem, in der ausländischen Litteratur ziemlich allgemein anerkannten Ergebnis:[4]) Das englische Wort visit (ausgehend von der Bedeutung Besuch) entspricht dem französischen enquête du pavillon. Das französische Wort visite (aus-

[1]) Packend schildert Desjardins S. 876 den Eindruck auf seine Landsleute: C'est le droit de visite! ont dit les adversaires de la convention. A ce mot tous les coeurs battent; on ne discute plus, on ne comprend plus, on n'entend plus; les ombres des chevaliers tués sur les champs de bataille de Crécy, de Poitiers et d'Arincourt peuplent la salle des séances et l'oeuvre de nos plénipotentiaires est balayée.

[2]) Die Presse urteilte ganz kühl darüber. Desjardins S. 890.

[3]) Ann. Institut Bd. 11 (1889—92) S. 268.

[4]) Barklay S. 456, auch Desjardins öfters.

gehend von der Bedeutung Durchsuchung) entspricht dem englischen search. Das französische enquête du pavillon ist jedoch etwas zu eng, daher hat die G.-A. statt dessen den Ausdruck vérification des papiers de bord gewählt.

Anderer Meinung ist v. Boeck[1]). Nach ihm besteht das droit de visite lediglich in der Prüfung der Schiffspapiere. Ähnlicher Ansicht scheinen auch einige deutsche[2]) Schriftsteller zu sein. Sie unterscheiden richtig zwischen Anhalte- und Durchsuchungsrecht, wollen aber mit ersterem das droit de visite, right of visitation, mit letzterem das droit de recherche, right of search übersetzen. Offenbar unrichtig, wie sich aus folgenden Erwägungen ergiebt: Der Quintupelvertrag räumte ein droit de visite ein. Dagegen erhob sich in Frankreich so lebhafte Opposition, dass er nicht ratifiziert wurde. Der neue Vertrag von 1845 gestattete zur Prüfung der Schiffspapiere zu schreiten. Dies ist aber nach v. Boeck das droit de visite. Wie wäre es möglich gewesen, schon 1845 einen Vertrag abzuschliessen, der das eben erst scharf bekämpfte droit de visite gestattet? Oder anders: Der Begriff des droit de visite im Vertrag von 41, und wie ihn das französische Volk auffasste, ist der von uns gekennzeichnete, nicht der engere v. Boeck's und anderer. Auf diesem Standpunkt steht auch die G.-A. Das in Art. 42 eingeräumte Recht der Prüfung der Schiffspapiere entspricht dem englischen right of visit, dem französischen vérification des papiers de bord. In Art. 54 findet sich dagegen das Wort visite selbst und zwar erklärt als l'enquête sur le chargement.

III. Welches ist nun die Anwendung dieses Durchsuchungsrechtes? Die heute allgemein anerkannte Freiheit des Meeres bringt es mit sich, dass auf offenem Meere kein Schiff irgend einer Nation von einem fremden Kriegsschiff irgendwie belästigt werden darf. Doch hat die Notwendigkeit zu Ausnahmen geführt.

Im Kriege ist den Neutralen der Handel mit den Parteien gestattet. Jedoch unterliegt Kriegskontrebande auf neutralen Schiffen der Wegnahme. Daher ist es aber auch notwendig, dass Kriegsschiffe die neutralen Handelsschiffe anhalten und nach Kriegskontrebande durchsuchen können. Nach v. Boeck (a. a. O.) dürfen sie nur die Schiffspapiere prüfen. Dies würde allerdings ausreichen für Fälle, wo

---

[1]) Ann. franc. 1892 S. 58 ff.

[2]) Gareis Institutionen S. 221 und v. Martens II. S. 579 (Bergbohm).

feindliche Schiffe eine neutrale Flagge gehisst haben, um der Wegnahme zu entgehen, aber doch sicherlich nicht, um festzustellen, ob sich auf dem Schiff Kriegskontrebande befindet[1]). Eine fernere Ausnahme ist gemacht gegenüber Schiffen, welche des Seeraubs verdächtig sind, im Interesse des Seehandels aller Völker.

Im übrigen bedarf es zur Ausübung eines solchen Durchsuchungsrechts vertragsmässiger Einräumung[2]). Heute ist man sogar darüber einig, dass die blosse Prüfung der Schiffspapiere ohne vertragsmässige Verabredung[3]) dem Völkerrechte nicht entspricht[4]).

IV. Offenbar hat also die französische Kammer das in der G.-A. festgesetzte droit de vérification des papiers de bord verwechselt mit dem droit de visite und dadurch Frankreichs Interessen mehr geschadet als genutzt. Denn nun bleiben die vorher geltenden Verpflichtungen Frankreichs bestehen, nämlich die in den Jahren 1859 und 1867 zwischen England und Frankreich vereinbarten Instruktionen[5]). Diese gestatten die Prüfung der Schiffspapiere, falls die Nationalität eines Schiffes, welche aus der Flagge zu präsumieren ist, ernstlich bezweifelt werden kann, aber ohne die Beschränkungen der G.-A. Während also nach der G.-A. dies Recht im Wesentlichen nur einheimischen Schiffen gegenüber innerhalb beschränkter Zone ausgeübt werden kann[6]), räumen es die Instruktionen gegenüber allen französischen Schiffen[7]) in allen Teilen des Meeres ein.

---

[1]) Diese Massregel würde sogar zu viel grösserer Belästigung des erlaubten neutralen Handels führen. Denn hiernach hätte der Kommandant des Kriegsschiffes bei etwaigem Verdacht das neutrale Schiff in einen Hafen der neutralen Macht zu führen, was viel umständlicher ist, als eine Durchsuchung, welche recht bald dem Schiff wieder volle Freiheit giebt.

[2]) Auch von englischen Autoren anerkannt. Barklay S. 323 ff.

[3]) In den 40er und 50er Jahren hielten selbst amerikanische Staatsmänner dieses Recht für selbstverständlich, sogar Lewis Cass, welcher 1842 die Hauptschuld an der Nichtratificierung des Quintupelvertrages von seiten Frankreichs trug. Barklay S. 326 ff.

[4]) In neuester Zeit sogar von englischer Seite anerkannt. Vgl. den Brief des Professor Westlake aus Cambridge an Rolin-Jaecquemyns Ann. Inst. Bd. 11 (1889—92) S. 263.

[5]) Barklay, S. 333 Note 2 und oben § 3 S. 10.

[6]) Über die verschwindenden Ausnahmen, wo von französischen Schiffen unter 500 t Gehalt in jenen Gegenden Handel getrieben wird, vgl. Desjardins S. 885.

[7]) Mit Recht sagt Desjardins S. 893: Nous en gardons tout ce qu'on reproche à la convention nouvelle et nous perdons tout ce que celle-ci a fait pour améliorer.

Und wenn der Sklavenhandel weiter blüht, so wird man Frankreich nicht ganz mit Unrecht die Schuld dafür zuschieben. Denn jetzt werden Sklavenhändler vor allem die französiche Flagge annehmen, sie sind dann vor allen (nicht englischen und französischen) Schiffen sicher.

Wird andrerseits ein Sklavenschiff von einem französischen Kriegsschiff verfolgt, so hisst es eine fremde (nicht englische) Flagge, und das französische Schiff kann ihm nichts anhaben.

V. Dieser Zustand ist unwürdig und unerträglich. Abhülfe kann nur durch neue internationale Vereinbarung geschaffen werden. Welchen Standpunkt soll diese einnehmen? Eine treffliche Grundlage bilden die Beratungen und Beschlüsse des Institut de droit international. Dieses hat sich schon seit 1885 mit der Frage des Sklavenhandels beschäftigt[1]), ist aber zur endgültigen Beschlussfassung erst in der Session von Paris 1894—95 gelangt. Der Entwurf des Berichterstatters Engelhardt ging davon aus, dass sich Frankreich niemals dazu verstehen werde, ein Durchsuchungsrecht einzuräumen. Aber ein solches sei auch gar nicht mehr nötig. Der Sklavenhandel werde nur noch von einheimischen Schiffen getrieben. Die Verleihung des Flaggenrechts sei an so strenge Voraussetzungen geknüpft, dass ein danach zur Führung einer europäischen Flagge ermächtigtes Schiff unmöglich Sklavenhandel betreiben könne. Dieser werde vielmehr nur noch von solchen Schiffen betrieben, welche eine europäische Flagge hissten, ohne dazu berechtigt zu sein. Es genüge daher das von der General-Akte vorgeschlagene, von den französischen Kammern missverstandene droit de vérification du pavillon, d. h. ein Anhalterecht von des Sklavenhandels verdächtigen Schiffen und eine Prüfung der Schiffspapiere, um festzustellen, ob das Schiff berechtigt sei, die gehisste Flagge zu führen.

Um dieses System aber möglichst einheitlich zu gestalten, sei erforderlich, dass England sein vertragsmässig zugestandenes Durch-

---

[1]) Im Jahre 1889 wurde angesichts der Brüsseler Konferenz von einer Beratung des Engelhardt'schen Entwurfes Abstand genommen. Ann. Inst. Bd. 11 S. 239. Engelhardt berichtete über die Konferenz S. 241 ff., abgedruckt auch in der Revue von 1890 S. 603 ff. 1891 richtete das Institut seinen voeu motivé tendant à la ratification intégrale de l'Acte génerale de Bruxelles an die französischen Kammern, S. 268. In der Sitzung von Genua (1893—94) wurde die Beratung wegen Erkrankung Engelhardt's vertagt. Ann. Inst. 12 S. 184.

suchungsrecht aufgebe, gegen das sich in England selbst Stimmen erhoben hätten. Überdies sei dieses Opfer plûtot moral que réel.

Der Entwurf schlug ferner vor, die Überwachung des Meeres den Mächten, welche sich dazu bereit fänden, der Reihe nach zu übertragen. Mit Recht bemerkte dagegen Westlake, dass nicht einmal die englische Flotte allein dazu imstande sei, wie viel weniger andere. Dieser Antrag wurde daher ebenso wie der Eventualvorschlag, ein Maximum von kreuzenden Schiffen festzusetzen, mit Recht von dem Institut abgelehnt, der übrige Entwurf angenommen.[1])

Die Erwägungen des Instituts verdienen vollen Beifall, und im Interesse einer einheitlichen Bekämpfung des Sklavenhandels ist es zu wünschen, dass recht bald eine internationale Vereinbarung des Inhalts zustande kommt, wie ihn das Institut vorschlägt.

In den vom Entwurf nicht geregelten Punkten findet die G. A. Anwendung. Der Entwurf lautet: Art. 1: Wenn die Nationalität eines Handelsschiffes, welche aus der Flagge zu präsumieren ist, ernstlich bezweifelt werden kann, sei es infolge positiver Nachrichten oder gewichtiger Anhaltspunkte, welche glaubhaft machen, dass das Schiff der Nation, deren Flagge es angenommen hat, nicht angehört, so kann jedes ihm begegnende, fremde Kriegsschiff diese Nationalität prüfen.

Art. 2: Diese Prüfung soll sich erstrecken auf die zur Führung der Flagge ermächtigenden Urkunden, welche mit einem gemeinsam aufgestellten, bindenden Muster übereinstimmen müssen. Von einheimischen Schiffen sollen ausser den die Nationalität nachweisenden Urkunden auch die Musterrollen und das Verzeichniss der Passagiere verlangt werden können.

Art. 3: Jede Nachforschung über einen anderen Gegenstand als die Nationalität ist verboten, unbeschadet der Bestimmungen des Art. 2 Satz 2.

Art. 4: Ergiebt sich infolge der in Art. 2 erwähnten Prüfung der Verdacht des Betruges, so soll das Schiff vor die nächste Behörde des Staates geführt werden, dessen Flagge es führte. Diese Behörde hat in Gegenwart des aufbringenden Offiziers eine Voruntersuchung vorzunehmen.

[1]) Ann. Inst. 13 S. 74—95 und S. 335 ff.

ZWEITER TEIL.

Die Bekämpfung durch strafrechtliche Massregeln.

ERSTER ABSCHNITT.

Die Bestrafung nach dem bis zum Gesetz vom 28. 7. 1895 geltenden deutschen Recht.

1. Nach Reichsrecht.

§ 10.

a) Das Strafgesetzbuch.

I. Gelegentlich des Sklavenraubes und Sklavenhandels kommen, wie allgemein bekannt, zahlreiche Misshandlungen und Grausamkeiten, ja selbst Tötungen vor. Selbstverständlich können wegen dieser Delikte die Thäter nach den betreffenden Paragraphen des Str.G.B. bestraft werden.

Andererseits kann nicht der § 250 No. 3 angewendet werden, welcher sich auf Seeraub bezieht. Allerdings verpflichten sich im Vertrag von 1841, dem auch Deutschland am 29. 3. 1879 beigetreten ist, die Mächte, den Sklavenhandel dem Seeraub gleichzustellen. Aber es bedarf zu dieser Fiktion natürlich noch einer besonderen gesetzlichen Anordnung. Diese ist in unserem Recht nicht erfolgt.

II. Von dem achtzehnten Abschnitt, welcher die Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit enthält, bezieht sich speciell auf den Sklavenraub der § 234. Alle übrigen Paragraphen dieses Abschnitts können daher nicht angewendet werden, ebensowenig wie z. B. neben § 211 auch nach irgend einem Paragraphen über Körperverletzung gestraft werden kann.

Das Delikt des § 234 ist vollendet mit der Bemächtigung, d. h.

mit der Erlangung der körperlichen Herrschaft über einen Menschen. Der Vorsatz beim Sklavenraub bezieht sich daher nur auf die Bemächtigung; die Absicht, den Geraubten in Sklaverei zu bringen, gehört nicht zum Vorsatz.[1]) Versuch des Deliktes liegt vor, wenn die Herstellung eines faktischen Herrschaftsverhältnisses noch nicht vollendet, sondern erst begonnen ist, oder, wie von Liszt sagt, mit dem negativen Eingriff in die persönliche Freiheit. Die Bemächtigung muss geschehen durch List, Drohung oder Gewalt,[2]) welche nach der jetzt allgemeinen Meinung auch gegen dritte Personen angewendet werden können.

III. Wie stand es nun mit der Anwendbarkeit des § 234?

a) Nach § 3 Str.G.B. finden die Strafgesetze des Deutschen Reiches Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen. Zum Gebiete des Deutschen Reiches (Inland) gehört zunächst das Bundesgebiet gemäss Art. 1 der Reichsverfassung und Gesetz vom 9. Juni 1871. Ferner:

α) als staatsrechtliche Erweiterung des Begriffes Inland: die deutschen Schutzgebiete. Diese sind zwar im Sinne der Reichsverfassung Ausland[3]), jedoch nach zahlreichen Gesetzen Inland in dem Sinne, dass sie zu ihrem Geltungsbereich gehören[4]), daher auch nach dem Strafgesetzbuch. Denn es finden in ihnen gemäss § 2 des Gesetzes betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 19. März 1888 (R.G.Bl. S. 75) in Verbindung mit § 4 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 197) des Str.G.B. und die sonstigen Strafbestimmungen der Reichsgesetze Anwendung.

β) Als völkerrechtliche Erweiterungen des Begriffes werden zum Inland gezählt:

1. Die Küstengewässer, soweit sie durch Waffengewalt beherrscht werden; m. E. auch die Küstengewässer unserer Schutzgebiete, denn über sie hat das Reich Gebietshoheit, und obiger Satz ist lediglich ein Ausfluss derselben.

---

[1]) So v. Liszt 5. Aufl. S. 331, a. M. Binding Normen II S. 602, N. 894 u. Olshausen N. 6 zu § 234.

[2]) Über die Begriffe vgl. v. Liszt S. 339, Knitschky S. 289, Villnow S. 113.

[3]) Trotzdem stehen sie zum Reiche in einem staatsrechtlichen, nicht völkerrechtlichem Verhältnis. Vgl. Meyer S. 67.

[4]) Meyer S. 103, vgl. auch unter S. 63.

Über die Ausdehnung der Küstengewässer besteht weder internationaler Vertrag noch Gewohnheitsrecht; in den einzelnen Verträgen ist vielfach die Entfernung von 3 Seemeilen festgesetzt. Diese Entfernung entspricht nicht mehr der Tragfähigkeit unserer Geschütze. Daher hat das Institut de droit international neuerdings Ausdehnung auf 6 Seemeilen vorgeschlagen.[1])

2. Ebenso gehören zum Inland im strafrechtlichen Sinne deutsche Schiffe auf offener See, Staatsschiffe, insbesondere Kriegsschiffe auch in fremden Gewässern.

3. Die Konsulargerichtsbezirke. Hier gelten gemäss § 4 des Gesetzes v. 10. Juli 1879 die deutschen Strafgesetze, jedoch nur für Reichsangehörige und Schutzgenossen.[2])

b) Die hierher gehörigen Handlungen werden aber vielfach nicht in einem Gebiete begangen, welches nach obigen Ausführungen als Inland zu betrachten wäre, sondern im Auslande. Wegen Sklavenraubes im Auslande konnte aber ein Ausländer niemals bestraft werden, da § 234 in § 4 Ziffer 1 Str.G.B. nicht aufgenommen ist, ein Deutscher nur unter der Voraussetzung des § 4 Ziffer 3, d. h. wenn nach den Gesetzen des Thatortes der Sklavenraub mit Strafe bedroht ist. Im Innern Afrikas bestehen nun aber entweder überhaupt keine Staaten, oder wo es staatenähnliche Gebilde giebt, sind die dort geltenden Bestimmungen jedenfalls nicht Gesetz in unserem Sinne und daher dieselben Grundsätze anzuwenden, wie auf staatenlosem Gebiete. Will man streng nach dem Wortlaut entscheiden, so kommt man dazu, Verbrechen eines Deutschen auf staatenlosem Gebiete straflos zu lassen[3]). Das ist aber offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen. Dieser wollte nur sagen: ist nach fremdem Rechte die Handlung straflos, so ist sie dem deutschen Thäter, der unter der Herrschaft dieser fremden Rechtsordnung stand, auch nach einheimischem Recht nicht zuzurechnen. Auf staatenlosem Gebiete dagegen, wo der Deutsche keiner andern Rechtsordnung untersteht, soll er die deutsche als für sich massgebend erachten. Sklavenraub auf staatenlosem Gebiete von

---

[1]) Ann. Institut 13 (1894—95) S. 328. Vgl. Harburger in der Münchener Allgem. Zeitung vom 10. Dezbr. 1894.

[2]) Vergl. übrigens unten S. 63.

[3]) So Olshausen, § 4 N. 16. Hälschner I. S. 157. Schwarze in H. H. IV. S. 69 u. Begründung zum Entwurf 1895.

einem Deutschen begangen, war also auch schon nach dem R. Str. G.B. strafbar[1]).

IV. Über den Sklavenhandel enthält das Str. G.B. keine Bestimmung. Natürlich konnten Sklavenhändler möglicherweise wegen Anstiftung, Beihülfe oder Begünstigung des Sklavenraubes bestraft werden, aber als specielles Delikt kannte das Str. G.B. den Sklavenhandel nicht. Es fragt sich daher noch, ob es ihn straflos lassen, oder seine Bestrafung den Landesgesetzen übertragen wollte. Letzteres ist sicherlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen[2]). Aber auch wenn man diesen Grund nicht für ausschlaggebend hält, kommt man doch zu demselben Ergebnisse. Denn man muss dann die Frage, ob Sklavenhandel Materie des Str. G.B. ist, aus dem Zusammenhange der ausdrücklich ausgesprochenen Rechtssätze entscheiden. Nun hat der 18. Abschnitt des Str. G.B. die Verbrechen und Vergehen gegen die persönliche Freiheit gar nicht vollständig regeln wollen, wie daraus hervorgeht, dass auch an anderen Stellen Delikte gegen die Freiheit behandelt sind. So z. B. der Raub, die Entführung, Verhinderung an der Ausübung des Stimm- und Wahlrechts. Der Sklavenhandel ist also nicht Materie des Str. G.B.[3]) Wichtig wird diese Auffassung für das selbständige Verordnungsrecht des Deutschen Kaisers, des Reichskanzlers und anderer Beamten in Bezug auf die Schutzgebiete und für das Partikularrecht.

§ 11.

b) Übertragene Gesetzgebungsgewalt.

I. Quelle der für das deutsche Reich geltenden Rechtssätze ist nur die Reichsgesetzgebung.

Diese kann jedoch ihre Gesetzgebungsgewalt anderen Organen übertragen. Eine solche Übertragung ist erfolgt

a) in den Konsulargerichtsbezirken. Hier sind nach § 4 des Gesetzes vom 10. Juli 1879 Abs. 3 u. 4 die Konsuln befugt, polizeiliche Vorschriften für Reichsangehörige und Schutzgenossen zu erlassen. Diese sind jedoch für die Bekämpfung von Sklavenraub und Sklaven-

---

[1]) So Binding I. S. 436, v. Liszt S. 87.

[2]) Vgl. Rubo, Kommentar z. St. G.B. S. 84.

[3]) Ebenso die gemeine Meinung. Anderer Ansicht Gareis heutiges Völkerrecht S. 53. Binding I. S. 321.

handel ohne Bedeutung, da sie nur Geldstrafe bis 150 Mk. androhen können.

b) In den deutschen Schutzgebieten. Hier ist dem Kaiser die volle Gesetzgebungsgewalt übertragen. Denn er übt nach § 1 des Gesetzes v. 19. 3. 1888 die Schutzgewalt über die Schutzgebiete aus, und darin liegt auch das Gesetzgebungsrecht[1]). Jedoch hat § 2 diese Übertragung wieder ganz erheblich beschränkt. Nach diesem Paragraphen gelten für Reichsangehörige und Schutzgenossen die Strafgesetze des deutschen Reiches. Bezüglich der übrigen Bewohner der Schutzgebiete ist das Gesetzgebungsrecht des Kaisers nicht beschränkt. Hier kann er völlig selbständig Recht schaffen oder aber auch die Strafgesetze des deutschen Reiches auf diese Bewohner ausdehnen. Die Bestimmung des § 3 No. 3, wonach der Kaiser Verordnungen über Materien, welche nicht Gegenstand des Str.G.B. sind, erlassen und darin Gefängnis bis zu einem Jahre, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände androhen kann, bezieht sich nur auf Reichsangehörige und Schutzgenossen, nicht auf die übrigen Bewohner der Schutzgebiete. Bezüglich dieser würde sie eine Beschränkung des Gesetzgebungsrechtes des Kaisers enthalten, welche zwar möglich, jedenfalls aber nicht beabsichtigt war, denn § 3 wollte die durch § 2 beschränkten Rechte des Kaisers erweitern.

Daneben kommt noch in Betracht das selbständige Verordnungsrecht der zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten. Es entspricht dem Verordnungsrecht der Konsuln und ist daher für unsere Frage ebenso bedeutungslos wie dieses. Endlich hat noch gemäss § 11 des Gesetzes der Reichskanzler die Befugnis in polizeilichen und sonstigen Verwaltungsvorschriften Gefängnis bis zu 3 Monaten, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände anzudrohen.

III. Der thatsächliche Rechtszustand in unseren Schutzgebieten ist nun folgender: Durch kaiserliche Verordnung ist das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz für alle Schutzgebiete in Kraft getreten. Die in § 3 Ziffer 1 vorgesehene Ausdehnung auf andere Personen als Reichsangehörige und Schutzgenossen ist in allen Schutzgebieten erfolgt[2]), und zwar auf alle Personen, welche in den Schutzgebieten wohnen

---

[1]) Meyer S. 125.

[2]) Die Zusammenstellung bei König S. 474 u. Meyer S. 175 ist infolge neuer Verordnungen veraltet.

oder sich aufhalten, oder bezüglich deren hiervon abgesehen ein Gerichtsstand im Schutzgebiet begründet ist, mit alleiniger Ausnahme der Eingeborenen. Bezüglich dieser gilt folgendes:

a) Sie müssen der Gerichtsbarkeit besonders unterstellt werden, und zwar

α) vom Reichskanzler:

1. Nach Anhörung der Neu-Guinea-Compagnie in den Schutzgebieten derselben und den Salomonsinseln[1]).

2. Ohne weiteres auf den Marschalls-, Browns- und Providenceinseln[2]). Der Reichskanzler hat hier auch zu bestimmen, wer als Eingeborner anzusehen ist[3]).

β) Vom Gouverneur oder Kommissar in den Schutzgebieten von Kamerun[4]), Togo und Südwestafrika[5]). Diese Beamten haben auch mit Genehmigung des Reichskanzlers zu bestimmen, wer als Eingeborener anzusehen ist[6]).

In allen bisher erwähnten Schutzgebieten ist eine derartige Ausdehnung der Gerichtsbarkeit auf die Eingeborenen nicht erfolgt.

b) In Deutschostafrika[7]) unterliegen sie der Gerichtsbarkeit, soweit sie ihr nach der bisherigen Übung des Reichskommissars unterstellt waren.

Jedoch kann der Gouverneur mit Genehmigung des Reichskanzlers darüber hinaus Eingeborene der Gerichtsbarkeit unterstellen, auch bestimmen, wer als Eingeborener anzusehen ist[8]).

Endlich ist noch durch kaiserliche Verordnung vom 2. 5. 1894 (R.G.Bl. S. 461) der Reichskanzler ermächtigt, für diejenigen Gebietsteile der deutschen Interessensphäre, welche zu den Schutzgebieten noch nicht gehören, Anordnungen über Organisation der Verwaltung

---

[1]) Verordng. v. 5. Juli 1886 R.G.Bl. S. 187 u. v. 11. 1. 1887 R.G.Bl. S. 4.

[2]) Verordng. v. 13. Sept. 1886 R.G.Bl. S. 291.

[3]) Dies ist geschehen für die Schutzgebiete der Neu-Guinea-Compagnie durch Verordnung vom 1. November 1886. Riebow No. 203. Kolisch S. 335, für die Marschallsinseln durch Verordng. v. 2. Dezbr. 1886. Riebow 242. Danach sind als Eingeborene anzusehen:

1. Die Angehörigen der im Schutzgebiet heimischen Stämme,

2. Die Angehörigen andrer farbiger Stämme.

[4]) Verordng. v. 2. Juli 1888. R.G.Bl. S. 20.

[5]) Verordng. v. 10. 8. 1890. R.G.Bl. S. 171.

[6]) Eine derartige Verordnung ist nicht ergangen.

[7]) V. v. 1. 1. 1891. R.G.Bl. S. 1. ff.

[8]) Eine derartige Verordnung ist nicht ergangen.

und Rechtspflege nach Massgabe der für die Schutzgebiete geltenden Vorschriften zu erlassen.

IV. So ganz unzureichend zur Bekämpfung von Sklavenraub- und Handel, wie allgemein behauptet wird, war also das geltende Reichs-Recht doch nicht. Bezüglich des Sklavenraubes findet § 234 Anwendung auf alle Bewohner der Schutzgebiete, unter den Voraussetzungen des § 4 Z. 3 (Siehe S. 36) auch wegen Begehung im Auslande. Auf die Eingeborenen konnte das Str.G.B. ausgedehnt, oder es konnten selbständig Strafgesetze erlassen werden. Gegen Sklavenhandel hätte nach § 3 Z. 3 des Gesetzes vom 19. 3. 1888[1]) insbesondere Geldstrafe in unbeschränkter Höhe und Einziehung der Schiffe angedroht werden können. Bezüglich der Eingeborenen und hier auch bezüglich der übrigen Bewohner des Schutzgebiets hätte die kaiserliche Verordnung völlig freie Hand gehabt. Wenigstens vorläufig bis zum Erlass eines Gesetzes hätten solche Verordnungen ergehen sollen. Sind doch seit der Übernahme der Schutzgebiete 10, seit der Brüsseler General-Akte 5 Jahre verflossen, ohne dass die deutsche Regierung strafrechtliche Massregeln gegen den Sklavenhandel getroffen hat.

2. Nach Landesrecht.

Die Lücken des Str.G.B. in unserer Materie, insbesondere inbezug auf den Sklavenhandel konnten aber nicht bloss reichsrechtlich, sondern auch landesrechtlich ergänzt werden, da der Sklavenhandel keine Materie des Str.G.B. ist, also § 2 des Einführungsgesetzes zum Str.G.B. weder dem Erlass neuer landesrechtlicher Strafbestimmungen gegen den Sklavenhandel entgegenstand, noch auch die bestehenden ausser Kraft setzte.

In den Einzelstaaten bestanden aber gegen den Sklavenhandel folgende Gesetze:

Das bremische vom 20. 2. 37, das hamburgische vom 19. 6. 37, die lübecksche Verordnung vom 26. 7. 37, die preussische Verordnung vom 8. 7. 44, das mecklenburgische Gesetz vom 16. 3. 46 und endlich das oldenburgische Gesetz vom 18. 1. 76[2]).

---

[1]) Gefängnisstrafe ist allerdings nicht die geeignete Strafe, wenigstens nicht in dem niedrigen Masse bis zu einem Jahre.

[2]) Eine Zusammenstellung des Wortlautes dieser Gesetze bietet Gareis heutiges Völkerrecht S. 50 ff.

§ 12.

a) Die einzelnen Landesgesetze.

I. Veranlassung: Die Veranlassung zu den Gesetzen der freien Hansestädte bot der am 9. Juni 1837 erfolgte Beitritt derselben zum englisch-französischen Vertrage von 1831; zu der preussischen Verordnung der Quintupelvertrag von 1841. Das mecklenburgische Gesetz erging infolge eines Beschlusses des deutschen Bundes vom 19. Juni 1845, welcher den Bundesstaaten anempfahl, Strafbestimmungen gegen den Sklavenhandel zu erlassen. Die Veranlassung zu dem oldenburgischen Gesetz erhellt aus Art. 5 desselben, wonach es in Kraft treten sollte, sobald der Quintupelvertrag für das deutsche Reich Geltung erhielte.

II. Begriffsbestimmung: Das bremische Gesetz ist das einzige, welches den Sklavenhandel definiert. Nach Art. 1 ist Sklavenhandel dasjenige Geschäft, welches die Versorgung von Nord- und Südamerika mit Negersklaven von der afrikanischen Küste zum Gegenstand hat, eine Definition, die wegen der geographischen Begrenzung viel zu eng und für heutige Verhältnisse unbrauchbar ist.

III. Strafensystem:

a) Hauptstrafen:

1. gegen Vollendung des Verbrechens droht das preussische Gesetz 5—20 J. Zuchthaus; das hamburgische 1 J. Zuchthaus bis 10 J. Spinnstube, daneben Geldstrafe von 200—2000 Thlr.; das lübecksche 2—5 J. Zuchthaus, Geldstrafe von 200—5000 Thlr.; das bremische 1—15 J. Zuchthaus, Geldstrafe von 200—5000 Thlr.; das mecklenburgische ursprünglich Zuchthaus von 1—10 J., Geldstrafe von 100—1000 Thlr., seit der Verordnung vom 22. Dezember 1870[1]) Gefängnis bis 2 J., seit der Verordnung vom 29. 10. 1873 auch andere Geldstrafe[2]); das oldenburgische endlich Gefängnis bis zu 2 J., Geldstrafe bis 6000 Mk.[3])

---

[1]) Gösch S. 101. Diese Veränderung, wie scheint hervorgerufen durch die Ansicht der mecklenburgischen Regierung, dass sich § 5 E.G. zum Str.G.B. auch auf die bestehenden Landesgesetze beziehe, wird meistens, insbesondere bei Gareis heut. Völkerrecht S. 53, nicht berücksichtigt.

[2]) Gösch S. 101 in Verbindung mit S. 38. Diese Veränderungen sind hervorgerufen durch Einführung der Reichswährung.

[3]) Innerhalb dieser Strafrahmen findet sich in der preussischen Verordnung und den hanseatischen Gesetzen eine Abstufung der Strafe, je nachdem ob Sklaven an Bord vorgefunden sind oder nicht.

Gegen die Teilnehmer finden sich dieselben Strafdrohungen, nur die Schiffsmannschaft erhält z. T. eine niedrigere Strafe, nach dem preuss. Gesetz 6 Mon.—5 Jahre Strafarbeit, nach dem oldenburgischen Gefängnis bis 6 Mon., Geldstrafe bis 1000 Mk.

2. Gegen Versuch und vorbereitende Handlungen sind teils dieselben, teils niedrigere Strafdrohungen gegeben, so insbesondere gegen Ausrüstung eines Schiffes zum Sklavenhandel nach dem preussischen Gesetz 1—3 Jahr Zuchthaus, gegen die Schiffsmannschaft 3 Mon. bis 1 Jahr Strafarbeit; gegen Übernahme des Transportes von Sklaven nach dem hamburgischen und lübeckschen Gesetz Zuchthaus von 6 Mon. bis 1 Jahr, Geldstrafe von 50—100 Thlr. Das bremische Gesetz verbietet in Art. 1 alle mit dem Sklavenhandel in Verbindung stehenden Gewerbe und bedroht jede unter dieses Verbot fallende Handlung mit arbiträrer Geld- Gefängnis- oder Zuchthausstrafe.[1])

b) Nebenstrafen: Die hanseatischen und das mecklenburgische Gesetz drohen Verlust des Bürgerrechts und aller damit verbundenen Rechte, besonders des Flaggenrechts, die preussische Verordnung Verlust der Befugnis zum ferneren Betriebe des gemissbrauchten Gewerbes, Verlust aller Ehrenrechte, Pensionen, Gnadengehälter, Kassation der Ämter, Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter an.

In allen Gesetzen findet sich die Einziehung des Schiffes samt Ladung und Ausrüstung, im preussischen obligatorisch, in den anderen fakultativ.

IV. Die übrigen Bestimmungen können übergangen werden. Sie enthalten den Grundsatz, dass das Betreten des betreffenden Landes frei macht, ausserdem regeln sie die Frage des Schadenersatzes, die Zuständigkeit und das Verfahren.

§ 13.

b) Geltung und Umfang derselben.

I. Der Geltung dieser Gesetze steht nicht, wie oben S. 37 gezeigt, der § 2 E.G. zum Str.G.B. im Wege, denn der Sklavenhandel ist keine Materie des Str.G.B.

Nun behauptet aber Gareis a. a. O., sie seien schon nach § 5 E. G. ungiltig, da hiernach die Landesgesetze nicht mehr als 2 Jahre

---

[1]) Damit sind auch alle Vorbereitungshandlungen getroffen, was wohl zu weit geht. Vgl. Motive zum Entwurf eines Bremer Str.G.B. von 1861 II, S. 194 ff.

Gefängnis androhen dürften.[1]) Nach der weitaus überwiegenden Meinung bezieht sich aber § 5 nur auf künftige Landesgesetze [2]).

II. Ferner bestimmt § 6 E.G., dass vom 1. Januar 1871 nur auf die im Str.G.B. enthaltenen Strafarten erkannt werden darf. Damit sind folgende Strafarten der Landesgesetze beseitigt: Spinnstube (Hamburg), Verlust des Bürger- und Flaggenrechts [3]) (Hansestädte und Mecklenburg), Strafarbeit (Preussen), Verlust der Befugnis zum Gewerbebetrieb [4]), der Pensionen und Gnadengehälter (Preussen) [5]).

Die Ehrenrechte dürfen nach § 32 Abs. 2 Str.G.B. nur noch auf Zeit aberkannt werden (Preussen). Der Verlust der öffentlichen Ämter und die Unfähigkeit zur Bekleidung solcher tritt nach §§ 31, 33 und 34 von selbst mit der Zuchthausstrafe oder der Aberkennung der Ehrenrechte ein.

Auch die Vorschriften des Str. G. B. über das Strafmass sind bindend. Die preussische Verordnung setzt nun Zuchthaus bis zu 20 Jahren fest. Gemäss § 6 E.G. verbunden mit § 14 Abs. 2 Str.G.B. muss daher eine Reduktion des Höchstmasses auf 15 Jahre eintreten.

III. Dagegen gilt das bremische Gesetz überhaupt nicht mehr, da der Sklavenhandel, wie er heute vorkommt, unter den Begriff des bremischen Gesetzes nicht fällt.[6])

Auch das räumliche Geltungsgebiet der Landesgesetze ist sehr beschränkt. So bestimmt die preussische Verordnung [7]), dass nur preussische Schiffe diesen Strafdrohungen unterliegen. Die übrigen Gesetze stehen auf dem Standpunkt des Territorialprinzips, bestrafen also Ausländer nur, wenn die Handlung auf inländischem Gebiet oder einheimischen Schiffen begangen ist.

IV. Bedenkt man, um zu wiederholen, die Lücken des Str.G.B.

---

[1]) Derselben Ansicht Binding I S. 298, Hälschner I S. 103, Heinze im Gerichtssaal Bd. 30 S. 561. Die Frage kommt natürlich nicht in Betracht für das mecklenburgische und oldenburgische Gesetz.

[2]) Vgl. v. Liszt S. 81. Olshausen Nr. 2 zu § 5, E.G.

[3]) Schon nach dem Gesetz vom 25. 10. 1867 (B. G. Bl. S. 35) betr. die Nationalität der Kauffahrteischiffe, da hiernach alle Schiffe ausschliesslich die Bundesflagge zu führen haben.

[4]) Vgl. auch § 143 der Gewerbe-Ordnung.

[5]) Vgl. über die preussische Verordnung Delius S. 127.

[6]) Siehe oben S. 41.

[7]) Die preussische Verordnung gilt übrigens nur für den damaligen Umfang der Monarchie und ist nur in einem ganz kleinen Teile der neuen Provinzen eingeführt. Delius a. a. O.

in unserer Materie, die zwar zur Not ausreichende, aber gar nicht benutzte Möglichkeit der Ergänzung durch kaiserliche etc. Verordnungen, endlich die grosse Verschiedenheit und geringe Tragweite der Landesgesetze, so muss man gestehen, dass schon diese Rücksicht ein Reichsgesetz notwendig gemacht hätte.

Zur Erlassung eines solchen war aber das deutsche Reich auf Grund des Art. 9 der General-Akte der Berliner Konferenz verpflichtet. Erneuert und eingehender geregelt wurde diese völkerrechtliche Verpflichtung durch die Brüsseler General-Akte.

ZWEITER ABSCHNITT:

Die Forderungen der Brüsseler General-Akte.

§ 14.

I. Strafrechtlichen Inhalt haben in der General-Akte die Artikel 5, 12, 19, 40, 59, 67. Eine besondere Behandlung verlangen jedoch nur die Art. 5, 12, 19 Abs. 2. (Art. 40 verweist nur auf die zur Zeit bestehenden Gesetze, und Art. 19 Abs. 1, 59 und 67 beziehen sich auf Artikel 5 zurück).

II. Der Artikel 5 wurde in der Kommission nicht weniger als 6 mal redigiert,[1]) ehe er seine jetzige Gestalt erhielt. Es handelte sich darum, in der Bestrafung von Sklavenraub und Sklavenhandel möglichst eine internationale Gleichförmigkeit zu erzielen. Dem stand aber das Interesse der einzelnen Staaten, in der Gesetzgebung ihre volle Unabhängigkeit zu wahren, entgegen.

1. Die beiden belgischen Entwürfe betonten mehr den ersteren Gesichtspunkt. Sie verpflichteten die Mächte, und zwar alle Mächte, welche in Afrika Besitzungen haben oder souveräne Herrschaft oder Protektorat ausüben, den Sklavenraub und -Handel gewissen Verbrechen in der Bestrafung gleichzustellen, und zwar sollten dies nach dem 1. Entwurf Totschlag und vorsätzliche Brandstiftung, nach dem 2. Mord, Brandstiftung, Raub mit bewaffneter Hand sein.

Beide Entwürfe regelten auch z. T. das Verfahren. Wenn der Thäter auf frischer That ertappt wurde, so sollte er nach dem 1. Entwurf binnen 24 Std. von denen, die ihn aufgegriffen hatten, ohne Berufung abgeurteilt werden, der 2. Entwurf erklärt statt dessen auf die Veranstalter eines Streifzuges das Kriegsreht für anwendbar.

In den übrigen Fällen sollten die nationalen Gerichtshöfe zu-

[1]) Vgl. Actes. S. 159 ff., 171 ff, 182—87, 205—207, 232 ff.

ständig sein, sie sollten auch verurteilen, wenn die Handlung auf staatenlosem Gebiete begangen war. War jedoch der Thäter der nationalen Behörde entwischt und zwar in das Territorium eines andern Vertragsstaates, so war dieser verpflichtet, ihn zu verfolgen und zu verurteilen. Zu dieser Bestimmung hatte die Erwägung geführt, dass in Afrika die Auslieferung oft schwierig sei, und die Sklavenhändler meist eine bestimmte Nationalität nicht hätten.

2. Gegen diese Entwürfe wurden aus dem oben erwähnten Grunde lebhafte Einwendungen erhoben, insbesondere von Deutschland und England. Ersteres legte einen neuen Entwurf vor. Dieser stand auf nationalem Standpunkte. Er verpflichtete die Mächte und zwar nur diejenigen, deren Besitzungen vom Sklavenhandel berührt werden, ihr nationales Strafrecht auch auf die strafbaren Handlungen beim Sklavenraub- und Handel auszudehnen. Ferner war abweichend geregelt das Verfahren bei nicht handhafter That. Hier galt das Nationalitätsprinzip verbunden mit Auslieferung.

Das in diesem Entwurf beibehaltene Verfahren bei handhafter That wurde der Gegenstand neuer Erörterungen. Hier wollte Frankreich unterscheiden zwischen eigentlichen Raubzügen zum Zweck des Sklavenhandels und den Kriegen unter den Eingeborenen. Diese bedenkliche Unterscheidung wurde verworfen. Andere wollten die auf frischer That Ertappten als Aufrührer oder als Piraten behandeln, endlich wurde sogar vorgeschlagen die Sklavenhandelgebiete im Belagerungszustand zu erklären. Schliesslich wurde die ganze Bestimmung über das Verfahren bei handhafter That gestrichen, und es kam eine provisorische Einigung am 11. 12. 1889 zustande.

3. Um eine endgiltige Einigung herbeizuführen, versuchte Belgien einen Vergleich: Die Handlungen beim Sklavenraub- und Handel sind teils Verbrechen gegen die Person (Leib und Leben), teils gegen die persönliche Freiheit. Diese Kategorien finden sich in den Str.G.B. aller Vertragsmächte. Daher sollen sich die Mächte verpflichten, diese Bestimmungen auf Sklavenräuber und -Händler auszudehnen.

Das neue belgische Projekt steht im übrigen auf dem Territorialitätsprinzip und setzt Auslieferung fest[1]).

Diesen Entwurf nahm die Kommission schliesslich mit unwesent-

[1]) Inzwischen sind Auslieferungsverträge, die sich speciell auf die Schutzgebiete beziehen, zwischen Deutschland und dem Kongostaate vom 25. 7. 1890 (R.G.Bl. 1891 S. 91) und zwischen Deutschland und England vom 5. 5. 1894 (R.G.Bl. S. 535) geschlossen.

lichen Abänderungen an. Auch in der Konferenz selbst wurden keine Änderungen vorgenommen. Der Vertreter der Niederlande bat, ihm das Protokoll offen zu halten, da er noch nicht wisse, ob seine Regierung ihre Reserven aufrecht erhalte[1]). Endlich konstatierte der Vertreter der Türkei, dass das türkische Gesetz vom 4./16. Dezember 1889 bereits den Anforderungen genüge.

III. In Artikel 12 verpflichten sich die Mächte, Strafbestimmungen gegen die Übertreter des Verbots der Einfuhr von Waffen zu erlassen und darin Geldstrafe oder Freiheitsstrafe oder beides anzudrohen. Der ursprüngliche belgische Entwurf hatte Gleichmässigkeit im Strafmass vorgeschlagen und zwar Geldstrafe nicht unter 5000 Fr., Freiheitsstrafen nicht unter sechs Monaten. Es war den belgischen Vertretern auch wirklich gelungen, damit principiell durchzudringen und die nationalen Bedenken zu überwinden. Schliesslich errangen diese aber doch das Übergewicht, und es wurde beschlossen, den Artikel in seiner jetzigen Fassung („entsprechend der Schwere der Übertretung und der Bedeutung des einzelnen Falles") zu redigieren[2]).

IV. Der Art. 16 Abs. 2 bestimmt die Auferlegung einer Kaution für bestrafte Personen.

Der erste belgische Entwurf verwandte diese lediglich als Verwaltungsmassregel in Verbindung mit anderen polizeilichen Sicherheitsmassregeln. Da der ganze Binnenhandel und Transport sich mittels Karawanen vollzieht, so sollten diese beim Abmarsch von der Küste und bei der Rückkehr genau überwacht werden. Ausserdem aber sollte jede Karawane vor dem Aufbruch eine Summe als Sicherheit dafür, dass sie nicht Sklavenhandel betreiben werde, hinterlegen. Diese wurde bei der Rückkehr nur dann ausgezahlt, wenn durch die betreffenden Behörden bescheinigt wurde, dass die Karawane keinen Sklavenhandel betrieben habe.

In der Kommission wurden Bedenken gegen die Durchführbarkeit dieser Massregel erhoben[3]). Die Karawanen kehren meist an anderen Orten zur Küste zurück als von denen sie ausgegangen sind, und

---

[1]) Die Niederlande hielten diese Reserve (sie wollten sich nicht verpflichten ein solches Strafgesetz zu erlassen, da sie keine Besitzungen in der Sklavenzone besässen), aufrecht. Actes 371. Doch wurde sie für gegenstandslos erklärt, da die §§ 274 ff. des niederländischen Str. G. B. ausreichten. Diese Ansicht ist falsch, denn sie finden gemäss §§ 2—7 desselben in Afrika keine Anwendung.

[2]) Vgl. unten S. 82 und oben S. 17.

[3]) Actes S. 235 ff. vgl. S. 240 ff. S. 174 ff.

ergänzen sich während der Zeit in hohem Masse. Man einigte sich daher auf v. Martens Vorschlag dahin, die Kaution als Verwaltungs massregel fallen zu lassen und ihr einen strafrechtlichen Charakter zu geben. Dies führte zu der jetzigen Fassung[1]). Nach dem Bericht der Kommission (auch schon nach dem Wortlaut) bezieht sich diese Auferlegung auf alle Übertretungen der G. A., also auch auf das Verbot der Einfuhr von Feuerwaffen. Ferner sollen die Mächte Rücksicht nehmen auf Verurteilungen in anderen Vertragsmächten, d. h. also eine solche Verurteilung gilt als Vorstrafe und genügt zur Auferlegung der Kaution.

V. Über den juristischen Wert dieser Bestimmungen lässt sich naturgemäss wenig sagen, da sie die Mächte nur verpflichten, Gesetze zu erlassen. Art. 5 verlangt, dass die Bestimmungen der Strafgesetze über die schweren Delikte gegen die Person auf die Veranstalter und Teilnehmer von Menschenjagden etc. ausgedehnt werden sollen und andererseits diejenigen über Verbrechen gegen die persönliche Freiheit auf die Sklavenhändler.

Nun ist es aber klar, dass sich einerseits die Sklavenräuber eines Verbrechens gegen die persönliche Freiheit schuldig machen, und dass andrerseits beim Sklavenhandel sehr oft schwere Delikte gegen die Person vorkommen. Die Fassung hätte also besser gelautet: „Die Mächte verpflichten sich ein Gesetz zu erlassen, welches die Bestimmungen ihrer Strafgesetze über die schweren Vergehen gegen die Person und die Vergehen gegen die persönliche Freiheit auf Veranstalter und Teilnehmer von Menschenjagden und auf Sklavenhändler für anwendbar erklärt“.

DRITTER ABSCHNITT:

Das Gesetz vom 28. Juli 1895.

A. Enstehungsgeschichte.

§ 15.

I. Innerhalb eines Jahres nach der Unterzeichnung der General-Akte sollten die Regierungen ein Gesetz des bezeichneten Inhalts erlassen oder bei ihren gesetzgebenden Körperschaften in Vorschlag bringen. Im Jahre 1891 erfüllte die deutsche Regierung diese Verpflichtung und legte dem deutschen Reichstag den Entwurf eines Ge-

[1]) Vgl. auch unten S. 81.

setzes betreffend die Bestrafung des Sklavenhandels vor. Dieser kam zur ersten Beratung am 17. November 1891[1]). Abgeordneter Rintelen regte die Frage an, auch der Abschaffung der noch bestehenden Haus- und Schuldsklaverei näher zu treten, und beantragte den Entwurf einer Kommission zu überweisen. Dies geschah. Die Kommission änderte an dem Entwurfe nichts, fügte nur einen Geltungstermin nämlich bis zum 1. Oktober 1895 hinzu[2]). Innerhalb dieser Frist sollte der Reichskanzler, gemäss der beantragten Resolution, „Vorsorge treffen, dass in den deutschen Schutzgebieten die gesamte, die Sklaverei betreffende Materie gesetzlich geregelt werde". Der Reichstag gelangte nicht zu einer Beratung und Beschlussfassung über den Entwurf, derselbe wurde vielmehr vom Auswärtigen Amt formell zurückgezogen[3]).

II. Erst im Jahre 1894 kam die Sache im Reichstage wieder zur Sprache. Bei der Beratung des Kolonialetats wurde eine Resolution angenommen, welche die Regierungen um Vorlegung eines Gesetzes gegen Sklavenraub und Sklavenhandel ersuchte. Ein weiter gehender Antrag des Abgeordneten Ehni, auch die Regelung der Sklaverei selbst mit aufzunehmen, wurde abgelehnt[4]).

III. Am 31. 1. 1895 wurde der infolge dieser Resolution ausgearbeitete Entwurf[5]) eines Gesetzes betreffend die Bestrafung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels dem Reichstage vorgelegt.[6]) Es wurde in 1. und 2. Lesung am 20. Mai 1895 beraten.[7]) Keiner der Redner war prinzipiell gegen den Entwurf, doch wurden zahlreiche Abänderungen vorgeschlagen. Der Antrag des Abgeordneten Molkenbuhr, den Entwurf einer Kommission zu überweisen, wurde abgelehnt. Die dritte Lesung fand am 22. Mai[8]) 1895 statt und endigte mit der Annahme des Gesetzentwurfs[9]) unter einigen Abänderungen, die im

---

[1]) Stenogr. Ber. 1891. S. 2890 ff.

[2]) Bericht der Kommission v. 28. 3. 1892, Drucksachen 1892 Nr. 814.

[3]) Vgl. Sten. Ber. 1894 S. 1286.

[4]) Sten. Ber. 1894. S. 1319 und 20.

[5]) Er enthält auch eine Zusammenstellung der ausserdeutschen Gesetzgebung. Es fehlt jedoch das türkische Gesetz v. 4/16. 12. 1889. (Actes S. 283) und das belgische v. 3. 7. 1893 (siehe Anm. étrang. v. 1893 S. 362 ff. u. Deutsches Kolonialblatt 1893 S. 387).

[6]) Drucksache No. 138 1894/95 Anlageband I, S. 683.

[7]) Sten. Ber. 1895 S. 2339 ff.

[8]) Sten. Ber. 1895 S. 2416 ff.

[9]) Drucksache No. 358.

wesentlichen dem Antrag des Abgeordneten Gröber[1]) entsprechen.

Erlassen wurde das Gesetz unter dem Datum des 28. Juli 1895.[2])

B. Inhalt des Gesetzes.

§ 16.

I. Begriffsbestimmung.

Obwohl das Gesetz die Überschrift trägt: Gesetz betreffend die Bestrafung von Sklavenraub und Sklavenhandel, ist doch weder im Gesetz noch in den Motiven gesagt, was unter Sklavenraub und Sklavenhandel zu verstehen ist. Die Begriffsbestimmung ist also wie in den meisten ausserdeutschen Gesetzgebungen, und wie ich glaube mit Recht, der Wissenschaft und Praxis überlassen.

I. Wenn man bestimmen will, was unter Sklavenraub zu verstehen ist, so wird man sich an das R.Str.G.B. anschliessen können. Dieses behandelt den Sklavenraub unter den Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.[3]) Was ist nun persönliche Freiheit?

Villnow[4]) definiert sie als Vermögen beliebigen Thuns, Bruck[5]) als das Recht einen Willen zu erzeugen und insoweit zum Ausdruck zu bringen, als nicht positive Gesetze es verbieten, ähnlich v. Liszt[6]) als rechtlich geschütztes Interesse an ungestörter Bethätigung des Willens. Wie mir scheint, berücksichtigen diese Begriffsbestimmungen nur die eine Seite des Begriffes Freiheit. Freiheit bedeutet ja allerdings einerseits eine rechtliche anerkannte Fähigkeit oder ein rechtlich geschütztes Interesse an beliebigem Thun; hier bildet den Gegensatz eine rechtliche oder thatsächliche Beschränkung hinsichtlich einzelner oder aller Thätigkeiten. Sie bezeichnet aber auch andererseits einen Zustand, die Eigenschaft eines Menschen als Persönlichkeit. Hier bildet den Gegensatz derjenige Zustand, in welchem die Persönlichkeit vernichtet ist, und der Mensch als Sache betrachtet wird, die Sklaverei. [7])

---

[1]) Drucksache No. 356.

[2]) R. G. Bl. No. 32, S. 425 ausgegeben am 3. 8. 1895.

[3]) Über die geschichtliche Entwickelung siehe von Liszt S. 341. Knitschky im G. S. 44. S. 249 ff.

[4]) G. A. 24. S. 106.

[5]) S. 3.

[6]) S. 337.

[7]) Ebenso Binding Normen II, S. 524.

Der Sklavenraub ist nun nicht ein Angriff auf eine oder mehrere Einzelbethätigungen des Willens, sondern auf die Eigenschaft des Menschen als Person. Der Thäter will die angegriffenen Personen zur Sache machen, sie in sein Eigentum, in Sklaverei bringen.

Daher kann Sklavenraub auch an willensunfähigen Kindern und Wahnsinnigen begangen werden, denn auch sie haben die Eigenschaft als Persönlichkeit. Es könnte aber zweifelhaft erscheinen, ob das Delikt auch an Sklaven begangen werden kann, und zwar mit Rücksicht darauf, dass sie ja ihre Persönlichkeit schon verloren haben und zu Sachen geworden sind; es wäre daher denkbar, den Raub von Sklaven nur als Verbrechen gegen das Eigentum zu bestrafen, wie es früher auch wirklich geschehen ist, z. B. im Schwabenspiegel. Eine solche Auffassung ist jedoch nur unter einer Rechtsordnung möglich, welche die Sklaverei als Rechtsinstitut anerkennt. Wenn dies nicht geschieht, wie bei uns, so bleibt ein Mensch, auch wenn er in den thatsächlichen Zustand der Sklaverei versetzt wird, rechtlich doch noch Persönlichkeit. Wird er von neuem geraubt, so ist dieser Angriff nicht gegen das Vermögen dessen gerichtet, der ihn in Sklaverei besass, sondern wiederum gegen seine, des Geraubten, persönliche Freiheit und daher wiederum als Sklavenraub zu bestrafen. Das gilt auch für unsere Schutzgebiete. Denn wenn wir auch dort die Sklaverei aus Zweckmässigkeitsrücksichten unter den Eingeborenen thatsächlich noch dulden, so versagen wir ihr doch die rechtliche Anerkennung. Man wird also im Anschluss an § 234 definieren können[1]: Wer sich eines Menschen bemächtigt, um ihn in Sklaverei (oder in ein anderes Sklavereiverhältnis) zu bringen, macht sich des Sklavenraubes schuldig.

Unser Gesetz straft aber nicht den Sklavenraub schlechthin, sondern die vorsätzliche Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen.

a) Den Begriff Unternehmen wollen v. Liszt, Seuffert, Fuld, Stenglein in dem Sinne fassen, wie er sich schon im Str.G.B. findet. Je nachdem ob sie nun der Ansicht sind, dass der Begriff Unternehmen im Str.G.B. gleichbedeutend sei mit Versuchen oder aber auch die entfernteren Vorbereitungshandlungen mit umfasse, wollen sie auch hier entweder nur den Versuch des Sklavenraubes der Vollendung

---

[1]) Ebenso Runderlass des Gouverneurs von Ostafrika, betr. die bei Bestrafung des Sklavenhandels zu befolgenden Grundsätze vom 18. 8. 1896. Deutsches Kolonialblatt 1896 No 19, S. 696.

gleichstellen [1]) oder auch die entfernteren Vorbereitungshandlungen als ein auf Sklavenraub gerichtetes Unternehmen bestrafen.[2])

Im Ergebnis stimme ich dieser Ansicht bei, jedoch aus wesentlich anderen Gründen.

Meiner Meinung nach hat das Wort Unternehmen in unserem Gesetz überhaupt nicht dieselbe Bedeutung wie sonst im Strafgesetzbuch. Es bietet keine Abgrenzung innerhalb der Vorbereitungshandlungen Wie es mit der Gleichstellung oder Unterscheidung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung steht, ist hier vielmehr ganz unabhängig von dem anderweit vorkommenden Begriff des Unternehmens genau so festzustellen, als stände an Stelle des Wortes Unternehmen irgend ein anderer, sonst noch nicht verwendeter Begriff.

Ich stütze meine Ansicht vor allem auf die Entstehungsgeschichte, jedoch auch auf die Worte des Gesetzes selbst. Der Entwurf 91 hatte als Thatbestand des § 1 die Teilnahme an einem zum Zweck des Sklavenraubes unternommenen Streifzug. Streifzug dürfte etwa dasselbe bedeuten wie im Dekret des Kongostaates vom 1. Juli 1891 la capture des esclaves opérée en bande et à main armée, also etwa einen von mehreren verabredeten und unternommenen Zug in das Innere mit bewaffneter Hand, um Sklaven zu rauben.

Zur Vollendung dieses Deliktes ist jedenfalls nicht erforderlich, dass die Thäter sich wirklich der Sklaven bemächtigt haben, aber auch nicht einmal Versuch des Sklavenraubes ist erforderlich, die Thäter sind vielmehr schon strafbar, wenn der Streifzug aufgebrochen ist. Auf der anderen Seite sind aber mit diesem Begriff durchaus nicht alle Vorbereitungshandlungen zum Sklavenraub getroffen; es fällt nicht unter diesen Begriff das blosse Anwerben zum Streifzug oder der Ankauf von Waffen etc.

Der Entwurf 95 brachte statt dieses Begriffes als Thatbestand die Teilnahme an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen, mit der Begründung, Sklavenraub werde zuweilen auch in andrer Weise als mittels eines Streifzuges verübt, beispielsweise indem Sklaven beim Durchzug von Handelskarawanen mitgeschleppt, oder an den Küsten unter falschen Vorspiegelungen oder mit Gewalt über See gebracht würden.

---

[1]) Stenglein 1 Note 4.

[2]) v. Liszt. S. 349, Seuffert S. 567. v. Liszt hält die Frage für sehr zweifelhaft.

Daraus geht hervor, dass der Begriff Unternehmen nicht deshalb eingesetzt ist, damit er mehr Vorbereitungshandlungen treffen sollte als der Begriff Streifzug, oder vielleicht alle umfassen, sondern es sollten nur mehr mögliche Arten der Ausübung von Sklavenraub und zwar alle getroffen werden.

Bezüglich der Frage, ob damit alle Vorbereitungshandlungen mit umfasst sind, ist die Entscheidung genau so unabhängig von dem anderweit vorkommenden Begriff Unternehmen zu treffen als vorhin beim Streifzug.

Das scheint mir auch aus den Worten des Gesetzes sich zu ergeben. Das Gesetz braucht die Worte Veranstalter und Anführer des Unternehmens, wie es früher gesagt hatte, Veranstalter und Anführer des Streifzugs.

Will man nun feststellen, was zur Vollendung des Deliktes des § 1 gehört, so kommt man allerdings schliesslich doch auf die oben erwähnte Ansicht, dass alle Vorbereitungshandlungen unter den Begriff fallen. Denn der Begriff Unternehmen hat nicht die speziellen Merkmale wie der Begriff Streifzug und bedeutet im Grunde weiter nichts als Handlung. Nicht nur wenn mehrere zum Sklavenraub ausziehen, sondern auch wenn einer allein auszieht, ist ein auf Sklavenraub gerichtetes Unternehmen vorhanden, nicht nur bei einem geplanten Zug, sondern auch wenn sich zufällig die Gelegenheit geboten hat, nicht nur wenn der Zug in das Innere Afrikas geht, sondern auch wenn an den Küsten Sklaven geraubt werden u. s. w. Überhaupt ist jede Handlung, welche geschieht um den Vorsatz, Sklaven zu rauben, zu verwirklichen, ein auf Sklavenraub gerichtetes Unternehmen.

Damit ist ein Hauptgrundsatz unseres Strafrechts, die Unterscheidung von Vorbereitung, Versuch, Vollendung umgestossen.

b) Aber noch nicht genug mit dieser Komplikation; die Worte „Die vorsätzliche Mitwirkung" bringen eine neue.

Sie erinnern lebhaft an die Bestimmungen des Entwurfs eines norwegischen Str.G.B[1]). Dieser richtet bei den schwereren Verbrechen seine Strafdrohungen gegen alle, welche zu dem Erfolge mitgewirkt haben. Er beseitigt also die wissenschaftlich unhaltbare Unterscheidung von Ursache und Bedingung, von Thäterschaft und Teilnahme.

---

[1]) Vgl. darüber Lammasch Z. 14, S. 511 ff.

Dies ist also auch durch unser Gesetz geschehen. So sehr nun auch für unser gesamtes Strafrecht eine solche Reform erwünscht wäre, so völlig verfehlt ist es doch, sie bei einem einzelnen Gesetz einzuführen. Offenbar war dies auch gar nicht die Absicht der Verfasser. Die Bestimmung beruht vielmehr auf der unklaren Auffassung, dass unser technischer Begriff der Teilnahme nicht ausreiche, um jede Art der Beteiligung beim Sklavenraub zu treffen [1]). Im Auge hatte man dabei besonders Personen, welche das nötige Geld zu solchen Unternehmungen geben oder die Ware gegen Unfälle versichern [2]).

Letztere begünstigen offenbar die Sklavenräuber und sind, da sie die Begünstigung vorher zusagen (eben durch die Versicherung), wie Gehülfen zu bestrafen. Wer das nötige Geld hergiebt, ist, wenn nicht vielleicht gar Anstifter, doch sicherlich Gehülfe. Es ist überhaupt garnicht einzusehen, weshalb unser Begriff der Teilnahme nicht ausreichen sollte, um jede Art der Beteiligung beim Sklavenraub zu umfassen.

Der Erfolg der Bestimmung ist nun jedenfalls der: jeder, welcher irgend eine Bedingung zu dem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen setzt, macht sich des Delikts des § 1 schuldig. Anderer Meinung ist nur Stenglein § 1 Note 1. — Er behauptet mit Recht, dass der Begriff Mitwirkung bei einer derartigen Ausdehnung jede Grenze verliere. Er will deshalb einengend interpretieren und unter Mitwirkung nur eine physische Thätigkeit verstehen, welche auf die Ausführung von Sklavenraub gerichtet ist.

Es sollen ausscheiden und nach § 48, 49 Str.G.B. in Verbindung mit § 1 unseres Gesetzes bestraft werden die Anstiftung und die bloss intellektuelle Beihilfe, insbesondere die Hergabe von Geldmitteln zum Zwecke des Sklavenraubes.

Diese Fassung des Begriffs entspricht sicherlich nicht der Absicht derer, welche diesen Wortlaut beantragt haben. Sie würde schon für den Begriff der Teilnahme im Sinne des Entwurfs 91 zu eng sein; denn hier betonte man, der Ausdruck Teilnahme habe nicht den technischen Sinn — darunter würde Anstiftung und intellektuelle Beihilfe sicherlich fallen — sondern einen weiteren, allgemeinen.

Der Abgeordnete Gröber, auf dessen Antrag der Ausdruck Teil-

---

[1]) Deshalb sollte auch der Ausdruck Teilnahme im Entwurf nicht den technischen, sondern den allgemeinen (?) Sinn haben. Sten. Ber. 1895. S. 2347, vgl. auch Sten. Ber. 1894. S. 1289.

[2]) Vgl. Sten. Ber. 1895. S. 2340.

nahme durch vorsätzliche Mitwirkung ersetzt wurde, beabsichtigte keineswegs dadurch eine Einengung, sondern eine Erweiterung der Strafbestimmungen, er wollte die vorsätzliche Mitwirkung im weitesten Umfange bestrafen, insbesondere sollte auch z. B. auch die Hergabe von Geld darunter fallen.

Im Wortsinne liegt eine solche Beschränkung auf die physische Mitwirkung ebenfalls nicht; mitwirken bedeutet nur gemeinsam mit anderen thätig sein, damit eine Wirkung eintritt, also irgend welche Bedingung für den Erfolg setzen.

Endlich geht auch das Gesetz selbst nicht von dieser engen Fassung aus. Es setzt im Satz 2 Abs. 1 des § 1 die Veranstalter im Gegensatz zu den übrigen Teilnehmern. Also sind die Veranstalter jedenfalls auch Teilnehmer oder Mitwirkende im Sinne des Gesetzes. Nun giebt aber Stenglein selbst zu, dass die Veranstalter sich nicht physisch bei der Ausführung zu beteiligen brauchen, dass sie vielmehr auch blosse Anstifter sein können.

Das Gesetz bezeichnet aber auch die Veranstalter als Teilnehmer oder Mitwirkende; daraus folgt, dass im Sinne des Gesetzes Mitwirkung nicht auf physische Mitwirkung beschränkt werden darf.

Unter den Mitwirkenden sind einige besonders hervorgehoben, die Veranstalter und die Anführer.

Beide Begriffe bezeichnen gemeinsam, wie v. Liszt (S. 207) sich ausdrückt, die geistigen, die Bewegung der Genossen bestimmenden Leiter. (Es bedeutet also Anführer nicht etwa bloss einen wegekundigen Führer.) Der Unterschied der beiden Begriffe, der bei v. Liszt nicht hervortritt, dürfte in der Art der Beteiligung an der Unternehmung liegen.

Der Veranstalter braucht an der faktischen Ausführung des Streifzuges nicht teilzunehmen, seine Thätigkeit liegt vor dem Aufbruch zur Sklavenjagd. Wer den Plan entwirft, die Teilnehmer sammelt und organisiert, auch schon derjenige, auf dessen Kosten und zu dessen Vorteil die Sklavenjagd stattfindet, also der finanzielle Leiter des Unternehmens ist Veranstalter.

Dagegen zeigt sich die geistige Leitung des Anführers erst nach dem Aufbruche zur Sklavenjagd. Er befehligt, den Weisungen der Veranstalter folgend, die Sklavenjäger. Sehr wohl kann es daher mehrere Anführer eines solchen Unternehmens, gleichgeordnete oder auch über- und untergeordnete geben [1]).

[1]) Ebenso Seuffert S. 567 u. Stenglein § 1 Note 6 S. 1017.

II. Auch vom Sklavenhandel giebt das Gesetz keine Begriffsbestimmung. Wenn nun auch wie Fuld S. 547 bemerkt, die freie Beweiswürdigung den Strafrichter befähigt, den verschiedenartigen Formen, welche der Sklavenhandel anwendet, Rechnung zu tragen, so dürfte doch dieser Hinweis niemanden, der über das Gesetz betreffend die Bestrafung des Sklavenraubes und des Sklavenhandels sich auslässt, von der Verpflichtung entbinden, anzugeben, was er denn unter Sklavenhandel verstehe.

Will man entscheiden, welche Geschäfte als Sklavenhandel zu betrachten sind, welche nicht, so muss erstes Merkmal stets das sein, dass es sich bei dem durch das Geschäft herzustellenden Verhältnis auch wirklich um Sklaverei handelt. Zur Abgrenzung von anderen Geschäften, die sich in Afrika oft nahe mit Sklavenhandel berühren, insbesondere Anwerbung von Eingeborenen zu Diensten ausserhalb ihrer Heimat, dürften vorzüglich geeignet sein die Merkmale, die Seuffert S. 564 angiebt, wie lebenslängliches Gebundensein des Dienenden; oder Unverantwortlichkeit des Berechtigten hinsichtlich der Ausnutzung der Arbeitskraft des Dienenden nach Art und Mass, oder Übertragbarkeit des Dienstverhältnisses ohne Zustimmung des Dienstpflichtigen; oder die unbeanstandete Gewaltanwendung gegenüber dem Dienstpflichtigen; oder das Fehlen eines geordneten Rechtsschutzes gegenüber dem Dienstberechtigten.

Auszuscheiden sind also Geschäfte, welche wirklich nur eine Vermittlung von Dienstmietverträgen darstellen, wobei jedoch zu bemerken ist, dass oft Eingeborene scheinbar freiwillig[1]) solche Verträge abschliessen, während sie in Wahrheit ohne Rücksicht auf ihren Willen als Sklaven verhandelt werden.

Derartigen Übelständen kann man jedoch nicht dadurch abhelfen, dass man den Begriff Sklavenhandel weiter fasst und darunter etwa auch jede Anwerbung von eingeborenen Arbeitern über eine gewisse Dauer hinaus begreift. Vielmehr ist erforderlich eine strenge Überwachung solcher Geschäfte an Ort und Stelle, den Bedürfnissen und Verhältnissen jedes einzelnen Schutzgebietes entsprechend. In unseren Schutzgebieten sind deshalb auch zahlreiche Verordnungen über Anwerbung von eingeborenen Arbeitern zu Diensten ausserhalb des Schutz-

---

[1]) In dem oben erwähnten Fall (S. 3) hatten die Sklaven die Arbeitsverträge scheinbar unterzeichnet, in Wahrheit aber rührten die sämmtlichen Kreuze unter dem Vertrage von einer und derselben Hand her.

gebiets ergangen[1]). Sie verbieten entweder die Anwerbung von Eingeborenen zu Diensten ausserhalb des Schutzgebietes gänzlich oder gestatten sie nur mit Genehmigung des Gouverneurs.

Die Verordnung für Neu-Guinea giebt ausserdem noch zahlreiche, bis ins kleinste Detail gehende Vorschriften über Dauer des Vertrages, der Arbeitszeit, Zahlung des Lohnes, Wohnung, Kost, freie Rückbeförderung u. s. w.

Ist das Verhältnis wirklich ein Sklavereiverhältnis, so fragt es sich ferner, stellt sich das betreffende Geschäft auch dar als Sklavenhandel. Wenn man hier das Wort Handel in einem engeren technischen Sinne nehmen wollte, so könnte man Sklavenhandel bestimmen als den gewerbsmässigen Betrieb des Eintausches oder Ankaufs von Sklaven und die Wiederveräusserung derselben zum Zwecke der Erzielung von Gewinn[2]).

Mir scheint dieser Begriff wegen des Erfordernisses der Gewerbsmässigkeit zu eng. Man gebraucht das Wort Handel doch auch noch in einem weiteren, nicht technischen Sinne; man sieht dabei von der Gewerbsmässigkeit ab und umfasst auch den bürgerlichen Verkehr mit. Diesen Begriff zugrunde zu legen scheint mir auch das praktische Bedürfnis zu erfordern. Denn wenn es auch richtig ist, dass Sklavenhandel zumeist in grossem Umfange, ganz nach kaufmännischen Grundsätzen betrieben wird, so kommt es doch auch nicht selten vor, dass Sklavenhandel nur gelegentlich von Personen betrieben wird, deren Hauptbeschäftigung auf ganz anderem Gebiete liegt. Man denke an durchziehende Handelskarawanen, oder an Fahrzeuge, die den Küstenverkehr vermitteln.

Auf der anderen Seite wird man auch den Begriff nicht soweit ausdehnen können, dass er alle diejenigen Geschäfte umfasst, welche das englische Recht als Sklavenhandel bestraft. Das englische Gesetz

---

[1]) Für Kamerun vom 6. Juni resp. 7. Oct. 1887 Riebow, Nr. 69, Kolisch, S. 410, Togo 24. Dezember 1891. Riebow, Nr. 95, Kolisch S. 463. Südwestafrika, 17. Mai 1891. Riebow, Nr. 117, Kolisch, S. 510, Neu-Guinea, 15. Aug. 1888 mit Nachträgen. Riebow, Nr. 207, Kolisch, S. 722, Marschall-Inseln, 1. Sept. 1893 Kolisch, S. 791. Ostafrika, 26. März 1896. Kolisch, S. 820.

Der S. 50 Note 1 erwähnte Runderlass schafft ein besonderes Delikt der Sklavenausfuhr.

[2]) Im Anschluss an Lexis in Schönbergs Handbuch Band 2 Note 21 § 1 Ebenso Stenglein, § 2 Note 1 u. Seuffert, S. 571.

vom 24. 6. 1824 bestimmt: Wer Sklaven oder Personen, die als Sklaven behandelt werden sollen, zum Gegenstand von Handelsgeschäften macht, kauft, verkauft, tauscht oder überträgt, fortschafft, verbringt, an Bord bringt etc. oder darauf bezügliche Verträge schliesst etc.[1])

Von Bedeutung für den Begriff des Sklavenhandels ist insbesondere, das schon der blosse Ankauf oder der blosse Verkauf unter Strafe gestellt ist. Mit Berufung auf diese Bestimmung wollten daher die Abgeordneten Molkenbuhr und Stadthagen[2]) den § 2 weiter fassen, nämlich:

Wer einen Sklaven besitzt (siehe darüber nächsten Paragraph), erwirbt oder veräussert.

In Wahrheit geht aber das englische Recht garnicht soweit, wie es zunächst scheint. Das Gesetz vom 24. 8. 1843 bestimmt nämlich in Sektion V: Soweit das Halten oder Annehmen von Sklaven durch dieses oder ein anderes Gesetz nicht verboten ist, ist auch der Verkauf, sowie die Übertragung von Sklaven gestattet, aller gegenteiligen Bestimmungen in diesem oder in anderen Gesetzen ungeachtet.

Das ist aber auch der Standpunkt unseres geltenden Rechtes, wie näher zu erweisen ist.

Nach § 2 des Schutzgebietsgesetzes vom 19. 3. 1888, verbunden mit § 3 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes gelten in den Schutzgebieten das preussische A.L.R. und die dasselbe ergänzenden preussischen Gesetze, und zwar, wie oben gezeigt, für alle Bewohner der Schutzgebiete mit Ausnahme der Eingeborenen.

Auf alle diese Personen beziehen sich die §§ 196 II, 5. A.L.R. und das Gesetz vom 9. März 1857.

Danach dürfen alle im Schutzgebiete sich aufhaltenden Personen keine Sklaven besitzen und daher auch keine kaufen oder verkaufen.

Ein solcher Kauf würde unter Umständen nach den Bestimmungen des 18. Abschnittes unseres R.Str.G.B. auch strafbar sein, sofern er als Bemächtigung mit Gewalt betrachtet werden kann, oder aber den Thatbestand des § 239, der Freiheitsberaubung, erfüllt.

Auf Eingeborene beziehen sich die erwähnten Bestimmungen nicht, ihnen gestatten wir noch die Sklaverei und den blossen Ankauf zur Benutzung als Sklaven.

---

[1]) Entwurf 95 S. 689 und 690.
[2]) Sten. Ber. S. 2347 und 2416.

Jedenfalls fällt der blosse Ankauf zur Benutzung der Arbeitskraft des Gekauften nicht unter den Begriff Sklavenhandel. Andererseits ist sicherlich Sklavenhandel der Ankauf von Sklaven, um sie weiter zu veräussern und die Weiterveräusserung solcher oder geraubter Sklaven. Zweifelhaft ist der Fall des Verkaufs von seiten jemandes, der nicht Sklavenhändler im technischen Sinne ist, der also den Sklaven nicht angekauft hat, um ihn weiter zu veräussern.

v. Liszt[1]) will den blossen Verkauf allgemein als Sklavenhandel betrachten. Es wäre nun gewiss recht wünschenswert, den blossen Verkauf eines Sklaven ebenfalls unter Strafe zu stellen. Auf diesem Wege könnte man eine Umwandlung der Sklaverei in Hörigkeit oder ähnliche Verhältnisse herbeiführen, indem durch das Verbot des Verkaufs die Sklaven in derselben Familie blieben und so eine freiere Stellung allmählich erlangten. Jedoch lässt sich ein solcher Erfolg viel besser ohne Strafandrohung in der Weise erreichen, wie es die Verordnungen betreffend die Befreiung von Sklaven in unseren Schutzgebieten gethan haben. Hiernach macht der Verkauf oder die sonstige Übertragung eines Sklaven seitens seines bisherigen Herrn entweder allgemein[2]) oder doch an einen Nicht-Eingeborenen den Sklaven völlig frei[3]). Daraus ergiebt sich übrigens, dass die erwähnten Verordnungen auch auf dem Standpunkte stehen, dass ein solcher Verkauf nicht Sklavenhandel ist. Und in der That ist nicht abzusehen, weshalb wir den Verkauf an einen andern Eingeborenen ebenfalls nur zur Benutzung in der Wirtschaft unter so strenge Strafe stellen sollen, wenn wir die Sklaverei noch gestatten.

Als Sklavenhandel werden also folgende Geschäfte zu bezeichnen sein: der Ankauf von Sklaven, um sie weiter zu veräussern, die Weiterveräusserung solcher oder geraubter Sklaven, endlich auch der blosse Verkauf an einen Sklavenhändler. Gleichzustellen sind andere Geschäfte, die denselben Zweck verfolgen, wenn sie auch juristisch nicht unter den Begriff Kauf fallen. So insbesondere der Tausch, aber auch die Vermietung der Sklaven von seiten eines Sklavenhändlers, soweit sich aus dem Geschäft ergiebt, dass bloss eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist, z. B. der Sklavenhändler überlässt die Sklaven auf Lebenszeit einem andern etc.

---

[1]) S. 348.

[2]) V. für Togo vom 15. 1. 1893, Riebow Nr. 96, Kolisch S. 465.

[3]) V. für Ostafrika vom 1. 9. 1891, Riebow Nr. 163, Kolisch S. 593.

Beim Sklavenhandel findet sich weder der Begriff der Mitwirkung och der des Unternehmens.

Es finden also hier die allgemeinen Grundsätze über Thäterschaft nd Teilnahme, insbesondere die Erniedrigung des Strafrahmens für ehülfen Anwendung.

Ebenso ist Versuch des Sklavenhandels möglich und milder zu strafen[1]). Der Versuch beginnt mit dem zu Erwerbensuchen (wenn e Vollendung der Ankauf ist) oder mit dem Anbieten zum Verkauf enn die Vollendung der Verkauf z. B. an einen Sklavenhändler ist).

III. Unter selbständige, gleich hohe Strafe gestellt ist die vorzliche Mitwirkung an der dem Sklavenhandel dienenden Beförderung i Sklaven. Diese braucht nicht immer Vorbereitungshandlung n Sklavenhandel zu sein, vielmehr kann der Sklavenhandel schon der Beförderung völlig abgeschlossen sein.

Zu diesem Delikt ist wiederum Beihülfe oder Anstiftung nicht glich, sondern der Unterschied zwischen Thätern und Teilnehmern eitigt.

Dagegen wäre Versuch denkbar. Strafbar ist jeder, der bei Belerung mitwirkt, insofern er weiss, dass Sklaven zum Zwecke des avenhandels befördert werden, auch die Schiffsmannschaft, selbst nn sie erst nach Antritt der Reise Kenntnis von der Bestimmung Schiffes erhält, auch die Lootsen[2]). Eine Ausnahme für diese tritt : dann ein, wenn etwa infolge Notstandes oder eines anderen Strafschliessungsgrundes ihre Mitwirkung nicht als rechtswidrig erscheint.

§ 17.

II. Herrschaftsgebiet des Gesetzes.

I. Sachliches Geltungsgebiet und Tragweite:

a) Als Reichsgesetz setzt unser Gesetz die oben erörterten Landessetze ausser Kraft, ebenso aber auch als späteres Reichsgesetz den 234 des Str.G.B., soweit er sich auf Sklavenraub bezieht. Es sei er übrigens auf eine der zahlreichen Inkonsequenzen des Gesetzes ngewiesen. Während unterlassene Anzeige des Vorhabens eines

[1]) Anderer Meinung Stenglein § 2 Note 2.

[2]) Vgl. Fuld S. 547.

Menschenraubes strafbar war, § 234 vbd. mit § 139 Str.G.B., ken unser Gesetz eine dem § 139 Str.G.B. entsprechende Bestimmung nicl

b) Das Gesetz bezieht sich nur auf Sklavenraub und Sklavenhand regelt dagegen die Materie der Sklaverei selbst nicht. Wie sch erwähnt, ist aber der Besitz von Sklaven in unseren Schutzgebiet nur noch den Eingeborenen gestattet, und es könnte sich daher n darum handeln, auch diesen letzten Rest von Sklaverei zu beseitige In dieser Beziehung haben jedoch hervorragende Kenner der afrikanisch Verhältnisse, wie Kardinal Lavigerie [1]), dem man wahrlich nicht Dul samkeit gegen die Sklaverei vorwerfen kann, vor einem zu schnell Vorgehen gewarnt.

Auch in den Verhandlungen vom 20. und 22. Mai wurde d Frage der Abschaffung der Sklaverei erörtert. Abgeordneter Stad hagen [2]) stellte den Antrag, den § 2 zu fassen: Wer einen Mensch besitzt, erwirbt oder veräussert u. s. w. Er berief sich dafür auf d französische Dekret vom 27. 4. 1848 [3]). Dies enthält allerdings d Bestimmung: il est interdit de posséder etc. des esclaves, aber es fü hinzu: à tout Français. Ja das Gesetz vom 28. 5. 1858 [2]) schränl auch hier noch ein, insofern als der Besitz von Sklaven, die dur Erbschaft, Schenkung oder Vermächtnis erworben sind, nicht verbote ist. Ein solches Verbot brauchen wir garnicht mehr.

Der Reichstag lehnte diesen Antrag ab und nahm eine Resoluti des Abg. Gröber an [4]) „die verbündeten Regierungen um Einbringur eines Gesetzentwurfs zu ersuchen, welcher die in den deutschen Schut gebieten unter den Eingeborenen bestehende Haussklaverei und Schul knechtschaft einer ihre Beseitigung vorbereitenden Regelung unterwirft In der That sind es nur noch der Sklaverei ähnliche Zustände, welc in unsern Schutzgebieten bestehen, von einem elenden Lose der Sklav kann nicht die Rede sein [5]). Daher dürfte es denn auch nicht z schwer sein, diese Zustände zu beseitigen. Das zu erlassende Gese

---

[1]) Die Unternehmung der Freilassung muss mit Langsamkeit ausgeführt werde und der Versuch, die Sklaverei in einem Tage abzuschaffen, wäre Wahnsinn", citie in Sten. Ber. 1894, Bd. 2 S. 1347.

[2]) Sten. Ber. S. 2347.

[3]) Entwurf 95, 8. 694.

[4]) Drucksache Note 356, 358.

[5]) Vgl. Zimmerer, ehemaliger Gouverneur von Kamerun: Die Sklaverei Kamerun. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenshaft 1894 Note 1 S. 143. K Friedrich in „Unserer Zeit" 1861 Heft 1 S. 79—83.

könnte sich etwa in den Bahnen der erwähnten Verordnungen bewegen. Jeder Sklave, den sein Herr veräussert, wird dadurch frei. Die Sklaven können sich selber durch Zahlung einer angemessenen Summe befreien. Diese Summe kann auch abverdient werden. Ja vielleicht könnte die Regierung selbst Mittel zur Verfügung stellen, um die Sklaven loszukaufen. Wenn man dies für zu kostspielig hält, so könnte man ja bestimmen, dass die befreiten Sklaven diese Summe nach und nach zurückzahlen, oder durch Arbeit abverdienen müssten.

II. Zeitliches Geltungsgebiet.

Das Gesetz enthält über den Eintritt seiner Rechtskraft keine Bestimmung. Gemäss Art. 2 der Reichsverfassung tritt ein Gesetz innerhalb des deutschen Reiches mit dem 14. Tage nach Ablauf desjenigen Tages, an welchem das betreffende Stück des R.G.Bl. in Berlin ausgegeben ist, in Kraft. Die Nr. 32 des R.G.Bl., welche das Gesetz enthält, ist in Berlin am 3. August 1895 ausgegeben. Das Gesetz ist also innerhalb des deutschen Reiches am 17. August 1895 in Kraft getreten.

In den Konsulargerichtsbezirken hat das Gesetz erst am 4. Dez. 1895 Gesetzeskraft erhalten, gemäss § 47 des Gesetzes vom 10. Juli 1879. Mit demselben Tage hat auch die Geltung des Gesetzes in den Schutzgebieten gemäss § 2 des Gesetzes vom 19. März 1888 in Verbindung mit § 47 des Gesetzes vom 10. 7. 1879 begonnen.

III. Räumliches Geltungsgebiet.

Als wichtigster Grund für die Notwendigkeit eines neuen Gesetzes über Sklavenraub und Sklavenhandel ist stets betont worden, dass der § 234 für Verbrechen im Auslande insbesondere in dem Hinterlande der Schutzgebiete nicht anwendbar sei. § 5 des Gesetzes (wie der beiden Entwürfe) bestimmt darüber: Die Bestimmung in § 4 Abs. 1 Str.G.B. findet auch auf die in diesem Gesetz vorgesehenen strafbaren Handlungen Anwendung, d. h. also es können Deutsche oder Ausländer, welche sich im Auslande einer der im Gesetz vorgesehenen, strafbaren Handlungen schuldig machen, im Inlande verfolgt werden. Viel weiter wollten die Abgeordneten Stadthagen und Molkenbuhr gehen. Sie verlangten, dass die Bestrafung obligatorisch sein solle. Der Antrag [1]) fand gar keine sachliche Erwiderung und wurde abgelehnt. Er hätte doch wohl mehr Berücksichtigung verdient.

---

[1]) Sten. Ber. 1895. S. 2356.

Die bloss fakultative Verfolgung in § 4 Abs. 1 hat auch schon sonst vielfaches Bedenken[1]) erregt; während sonst, wo ein Strafrecht, auch eine Strafpflicht besteht (§ 152 Str.P.O.), hat hier der Staat nur das Recht zu verfolgen. Die Verteidiger dieser Bestimmung[2]) betonen vor allem praktische Rücksichten. Bei Ausländern können der Strafpflicht sogar völkerrechtliche Verpflichtungen entgegenstehen. So bestimmen zahlreiche Auslieferungsverträge[3]), dass Angehörige der Vertragstaaten auszuliefern sind wegen gewisser Delikte. Darunter befindet sich aber auch der Menschenraub. Hier wäre also eine Strafpflicht des Inlandes unangebracht. Gegen die bloss mögliche Bestrafung der Ausländer ist daher nichts einzuwenden. Aber auch die obligatorische Bestrafung von Inländern wegen Verbrechen im Auslande unterliegt erheblichen Bedenken[4]). Während im allgemeinen dem Richter das Beweismaterial unmittelbar zur Kenntnis gebracht wird, insbesondere Zeugen von ihm selbst verhört werden, müssen bei der Verfolgung von Delikten, die im Auslande begangen sind, diese Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit aufgegeben werden. Es ist daher angebracht, die Verfolgung solcher Delikte dem Ermessen der Staatsanwaltschaft zu überlassen, welche von einer Verfolgung absehen wird, wenn sie glaubt, dass nicht genügendes und zuverlässiges Beweismaterial herbeigeschafft werden kann.

Übrigens ist die Stellung, welche unser Gesetz in dieser Frage einnimmt, weit besser als die der gesamten ausserdeutschen Gesetzgebung. Soweit in der Bestrafung auch der Ausländer wegen Verbrechen im Auslande geht kein einziges der auswärtigen Gesetze. Am nächsten steht noch das italienische Recht, welches in seinem Str.G.B. von 1889 Art. 6[5]) auch den Ausländer wegen im Ausland begangener Verbrechen straft, jedoch nur unter engen Voraussetzungen. Das belgische Gesetz Art. 7 bestraft Ausländer auch wegen der im Ausland begangenen Delikte, aber nur wenn sie Mitthäter oder Gehülfen von Inländern waren. Nach österreichischem Recht werden Ausländer wegen der im Ausland begangenen Verbrechen nur dann bestraft, wenn die Auslieferung nicht durchführbar ist; nach russischem nur dann wenn die Verbrechen sich gegen Russland oder russische Unterthanen

---

[1]) Vgl. Binding I, S. 404, B. Normen 1,33 u. A.
[2]) v. Liszt, S. 87, Olshausen, Note 6 zu § 4.
[3]) Zusammenstellung bei v. Liszt, S. 90.
[4]) Vgl. Frank in der deutschen Juristenzeitung 1896, Note 7 S. 131.
[5]) Entwurf 95, S. 696.

richten. Dagegen verfolgen alle übrigen in Betracht kommenden ausserdeutschen Strafgesetze den im Auslande begangenen Sklavenraub und -Handel nur, wenn der Thäter ein Inländer ist, ja nach dem holländischen Str.G.B. auch Inländer nur dann, wenn die That in Europa begangen ist. — Schwierigkeiten ergeben sich noch infolge der eigenartigen Stellung der Schutzgebiete und Konsulargerichtsbezirke[1]). Wenn in einem deutschen Schutzgebiete oder Konsulargerichtsbezirke eine in unserem Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung begangen wird, so ist die zuständige Behörde verpflichtet, den Thäter zu verfolgen. Denn gemäss § 21 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes und § 2 des Schutzgebietsgesetzes finden die Bestimmungen der deutschen Str.P.O. in den Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebieten entsprechende Anwendung, also auch § 152 Str.P.O. Danach ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller gerichtlich strafbaren und verfolgbaren Handlungen einzuschreiten. An Stelle der Staatsanwaltschaft treten in den Konsulargerichtsbezirken die Konsuln (§ 24 des Konsulargerichtsbarkeitsgesetzes), in den Schutzgebieten die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigten Beamten (Kanzler, Kommissar, Gouverneur.) (§ 2 Schutzgebietsgesetz).

Dasselbe gilt, wenn eine derartige Handlung im Gebiet des deutschen Reichs begangen worden ist, und der Thäter in den Schutzgebieten oder Konsulargerichtsbezirken ergriffen wird.

Ist aber die Staatsanwaltschaft verpflichtet einzuschreiten, oder steht es nur in ihrem Ermessen, wenn der Sklavenräuber oder -Händler zwar in einem Schutzgebiete oder Konsulargerichtsbezirk gegen unser Gesetz verstossen hat, aber nicht dort, sondern in einem andern Schutzgebiete oder Konsulargerichtsbezirk oder endlich im deutschen Reiche ergriffen wird?

Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob die Schutzgebiete und Konsulargerichtsbezirke im Sinne des § 4 Str.G.B. Ausland sind oder nicht. Denn nur bei im Auslande begangenen Delikten ist die Verfolgung ins Ermessen der zuständigen Behörde gestellt.

Die Entscheidung lässt sich nicht allgemein geben. Die Schutzgebiete sind weder unbedingt Ausland noch unbedingt Inland[2]), es kommt ganz auf die Beziehungen an, in welchen man sie betrachtet.

---

[1]) Vgl. darüber insbesondere Seuffert, S. 578 u. Frank a. a. O.

[2]) Letzteres behauptet Zorn in seinem Staatsrechte des deutschen Reiches 2. Aufl. 1895 S. 577.

So gelten sie im Verhältnis zu andern Staaten als zum deutschen Reiche gehörig. Die Gebietshoheit des deutschen Reiches über sie ist gegenüber andern Staaten ebenso ausschliesslich, wie über das Reichsgebiet.

Dagegen sind sie im Sinne der Reichsverfassung Art. 1 sicherlich nicht Reichsgebiet, sondern Ausland.

Ob sie im Sinne des § 4 St.G.B. Ausland sind, wird sich nicht durch blossen Hinweis auf § 8 Str.G.B. entscheiden lassen. Allerdings bestimmt derselbe: Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum deutschen Reiche gehörige Gebiet. Aber nun fragt es sich wieder, gehören die Schutzgebiete zum deutschen Reich? und um dies zu entscheiden, kann man sich nicht darauf berufen, dass der § 8 nur das Reichsgebiet nach Art. 1 der Reichsverfassung gemeint habe; insbesondere deshalb nicht, weil zur Zeit, wo das Str.G.B. erlassen wurde, dem deutschen Reiche solche Verhältnisse wie die der Schutzgebiete noch unbekannt waren.

Man muss vielmehr die Frage danach entscheiden, welchen Sinn § 4 des Konsulargerichtsbarkeitgesetzes hat, welcher lautet:

„In betreff des Strafrechtes ist anzunehmen, dass in den Konsulargerichtsbezirken das Str.G.B. gilt.“ Der Zweck dieser Bestimmung ist der, den Deutschen in den Konsulargerichtsbezirken ebenso zu stellen als im deutschen Reiche. Das ist für ihn sowohl ein Privileg als eine Erschwerung. Ein Inländer soll in Bezug auf die von ihm begangenen strafbaren Handlungen nicht besser und nicht schlechter behandelt werden als befände er sich im Inlande. In den Schutzgebieten bezieht sich diese Gleichstellung nicht nur auf Deutsche und Schutzgenossen, sondern auch auf alle dort Wohnenden, mit Ausnahme der Eingeborenen. Wer von diesen Personen in den Schutzgebieten eine strafbare Handlung begeht, wird so gestraft, als hätte er sie im deutschen Reiche begangen.

Auf denselben Erwägungen beruhen aber auch die Bestimmungen des § 6 des Schutzgebietsgesetzes: Ein Deutscher, der sich 10 Jahre in den Schutzgebieten aufgehalten hat, verliert dadurch nicht die deutsche Staatsangehörigkeit, wie wenn er 10 Jahre im Auslande gewesen wäre. Er wird also gerade so behandelt, als wenn er sich im Inlande befunden hätte.

Wohnt ferner ein Reichsangehöriger in den Schutzgebieten, so darf er von keinem deutschen Bundesstaate zu directen Steuern herangezogen werden, während sonst Reichsangehörige, welche ihren Wohnsitz ausserhalb des Reiches haben, von demjenigen Bundesstaate, in welchem sie

staatsangehörig sind, besteuert werden können[1]). Es gilt also der Wohnsitz in den Schutzgebieten nicht als Wohnsitz ausserhalb des Reichsgebietes. Bezüglich dieser beiden Punkte ist es auch direkt ausgesprochen, dass die Schutzgebiete als Inland gelten. In anderen ähnlichen Fällen hat man das zwar unterlassen, man betrachtet die Schutzgebiete aber trotzdem als Inland. So können nach § 6 des Schutzgebietsgesetzes Ausländer und Eingeborene, welche in den Schutzgebieten sich niedergelassen haben, naturalisiert werden. Die Voraussetzung, welche das Gesetz über den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 für Naturalisation aufstellt, dass nämlich der zu Naturalisierende im Deutschen Reiche sich niedergelassen hat (oder doch sich niederlassen will), gilt also als erfüllt, wenn er in den Deutschen Schutzgebieten sich niedergelassen hat.

Also gelten die Schutzgebiete auch in dieser Beziehung als Inland. Ebenso ist es, wenn es sich um Rechtshülfe zwischen den Gerichten der Schutzgebiete und denen des Deutschen Reiches handelt. Wegen Erteilung eines Auftrages an einen deutschen Gerichtsvollzieher können die Gerichte der Schutzgebiete ebenso die Mitwirkung von Gerichtsschreibern in Anspruch nehmen, wie die Gerichte in Deutschland, und umgekehrt. Urteile der Gerichte in den Schutzgebieten bedürfen zur Vollstreckung im Deutschen Reiche nicht erst eines Vollstreckungsurteils; sie gelten also nicht als ausländische Urteile, sondern als inländische[2]).

Aus diesen Einzelanwendungen, in welchen die Schutzgebiete als Inland betrachtet werden, dürfte sich der allgemeine Satz ableiten lassen: Insoweit Gesetze für die Schutzgebiete und das Deutsche Reich gleichmässig gelten, insoweit sind die Schutzgebiete als Inland im Sinne dieser Gesetze zu betrachten, selbst wenn es in denselben nicht ausdrücklich bestimmt ist[3]).

Daher sind die Schutzgebiete auch Inland im Sinne des Str.G.B., denn dieses gilt gleichmässig für das deutsche Reich wie für die Schutzgebiete. Ist dies aber richtig, so besteht für die in ihnen begangenen Delikte das Legitimitätsprinzip. (§ 152 Str.P.O.) Werden die Thäter im deutschen Reiche oder in einem anderen Schutzgebiete ergriffen, so ist die zuständige Behörde verpflichtet, sie zu verfolgen, und

---

[1]) Meyer S. 94.

[2]) Vgl. Dienstanweisung betr. Ausübung der Gerichtsbarkeit in den Schutzgebieten von Kamerun und Togo vom 7. 7. 1888 § 6 No. 8 und § 7 No. 10, Kolisch S. 298 und 308.

[3]) Ebenso Hänel, Deutsches Staatsrecht I S. 842.

die Ausnahmen des § 4 Str.G.B. greifen nicht Platz, denn die Schutzgebiete sind nicht Ausland im Sinne dieser Bestimmung[1]).

IV. Persönliches Geltungsgebiet.

Eine ähnliche Schwierigkeit wie die Schutzgebiete bezüglich des räumlichen Geltungsgebietes bieten bei der Darstellung des persönlichen Geltungsgebietes die Rechtsverhältnisse der Eingeborenen.

Wie oben erwähnt, finden auf diese die Strafgesetze des deutschen Reichs keine Anwendung. Eine Ausnahme besteht nur für Ostafrika. Hier gelten die deutschen Strafgesetze auch für die Eingeborenen, soweit sie nach der bisherigen Übung des Reichskommissars der deutschen Gerichtsbarkeit unterstellt waren. Soweit dies der Fall war, gilt für die Eingeborenen nichts Besonderes, sie unterliegen daher auch unserm Gesetz.

Auf diejenigen Eingeborenen aber, welche in Ostafrika der Gerichtsbarkeit nicht unterstellt waren, und in den übrigen Schutzgebieten allgemein, hätte durch Verordnungen des Reichskanzlers, des Gouverneurs oder Kommissars die deutsche Gerichtsbarkeit ausgedehnt werden können. Eine derartige Verordnung ist aber nicht ergangen, folglich erscheint es zunächst ganz klar, dass unser Gesetz für die Eingeborenen nicht gilt[2]).

Wie verhält sich aber dazu der § 5 des Gesetzes? Derselbe verweist auf § 4 Ziffer 1 des Str.G.B. Es können daher Deutsche oder Ausländer verfolgt werden, auch wenn sie im Auslande sich einer Übertretung dieses Gesetzes schuldig machen. Die Frage ist nicht nur für unser Gesetz wichtig, ob in diesem Falle nicht auch Eingeborene bestraft werden können, sondern auch für die übrigen im § 4 Ziffer 1 aufgezählten Delikte. Das deutsche Recht straft solche Delikte ganz allgemein, ohne Rücksicht auf Nationalität des Thäters und Begehungsort. Mag der Thäter irgend eine Nationalität besitzen, welche es auch sei, mag er die That irgendwo auf der weiten Erde begangen haben, er kann wegen dieser Delikte im deutschen Reiche, nach deutschem Recht bestraft werden. Sollten davon wirklich die Eingeborenen unserer Schutzgebiete als die einzigen auf der ganzen Erde ausgenommen sein?

---

[1]) Ebenso Seuffert S. 579 und die von ihm citierten, ferner Zorn, Staatsrecht des deutschen Reiches S. 578, A. M. Frank in der Deutschen Juristen-Zeitung 1896 Nr. 7 S. 131.

[2]) Das nimmt Seuffert S. 574 wirklich an; dagegen scheint Stenglein der Ansicht zu sein, dass das Gesetz auch für Eingeborene gilt. Er bemerkt ohne Begründung § 2 Note 2: Sklavenhandel ist auch strafbar, wenn er von Eingeborenen betrieben wird.

Das wäre ein seltsames Privileg. Wie, wenn ein Eingeborener z. B. in England an einem hochverräterischen Unternehmen gegen das deutsche Reich teilnimmt, oder ein Münzverbrechen oder ein anarchistisches Attentat mittelst Sprengstoffes begeht, soll er dann nicht bestraft werden können? Ich glaube nicht, dass das jemand annehmen wollte. Die Exemtion der Eingeborenen von unseren Gesetzen, insbesondere von den Strafgesetzen kann doch nur den Sinn haben, dass wir sie, obwohl deutsche Unterthanen, doch wegen ihrer niedrigen Kulturstufe nicht allen den Bestimmungen unterwerfen wollen, welchen wir die deutschen Reichsangehörigen unterwerfen, während andrerseits für sie nicht selten Bestimmungen erforderlich sind, welche für deutsche Reichsangehörige sich nicht eignen. Sehen wir dagegen bei der Bestrafung eines Deliktes von der Nationalität des Thäters und dem Begehungsorte überhaupt ab, so können auch die Eingeborenen in dieser Beziehung nicht besser gestellt sein, als Angehörige irgend eines anderen Volksstammes auf der Erde, und zwar gilt das ebenso wenn sie ein solches Delikt in den Schutzgebieten, wie wenn sie es ausserhalb derselben begehen. Ich komme also zu dem Ergebnis: alle diejenigen Strafbestimmungen der deutschen Reichsgesetze, welche auf dem Prinzip der sogenannten Weltrechtspflege beruhen, insbesondere also auch unser Gesetz, finden auch auf Eingeborene unsrer Schutzgebiete Anwendung. Von denjenigen Gesetzen, welche auf dem sogenannten Territorialitätsprinzip beruhen, sind die Eingeborenen eximiert. Hier hat der Kaiser das Recht, die Strafbestimmungen der Reichsgesetze auf sie auszudehnen oder selbständig Strafbestimmungen zu erlassen. In Bezug auf diejenigen Gesetze aber, welche auf alle Personen ohne Rücksicht auf Nationalität des Thäters und Begehungsort, also auch auf Eingeborene angewendet werden wollen, hat der Kaiser dieses Recht nicht. Natürlich kann er zwar auch diese Delikte mit in die von ihm zu erlassenden Strafverordnungen für die Eingeborenen aufnehmen; aber die Bestimmungen über derartige Delikte dürfen den erlassenen Reichsgesetzen nicht widersprechen, sonst sind sie ungültig. Dasselbe gilt auch für die Verordnungen des Reichskanzlers und der deutschen Beamten in den Schutzgebieten.

Danach dürfte z. B. § 14 der Strafverordnung für die Eingeborenen von Neu-Guinea vom 21. Oktober 1888 nicht unbedingte Geltung beanspruchen können[1]). Derselbe bestimmt: Auf Todesstrafe darf nur erkannt werden:

[1]) Diese Strafverordnung ist ergangen auf Grund der Kaiserlichen Verordnung

1. wegen des vollendeten Verbrechens des Mordes und des Totschlages,

2. wegen Brandstiftung im Falle des § 307 No. 1 Str.G.B.,

3. wegen der in den §§ 312, 322—24 des Str.G.B. bezeichneten Handlungen, wenn dadurch der Tod eines Menschen verursacht worden ist.

Es muss vielmehr der Richter im Gebiete der Neu-Guineakompagnie auch gegen Eingeborene auf Todesstrafe ferner erkennen:

4. wegen Hochverrates nach § 80 Str.G.B.,

5. wegen Sprengstoffdeliktes nach § 5 Abs. 3 des Sprengstoff-Gesetzes,

6. wegen Sklavenraubes nach § 1 Abs. 2 unseres Gesetzes.

Dasselbe gilt auch für die Marschalls-, Browns- und Providenceinseln gemäss der Strafverordnung für diese Schutzgebiete vom 10. 3. 1870, welche mit der für Neu-Guinea wörtlich übereinstimmt (Riebow No. 248).

Zweifelhaft ist endlich auch die Geltung einiger Bestimmungen des oben S. 50 Anm. 1 erwähnten Runderlasses des Gouverneurs von Ostafrika vom 19. August 1896. Insoweit derselbe weiter geht als unser Gesetz oder nur dasselbe festsetzt, dürfte seine Geltung ausser Zweifel sein. Es ist aber unter II der Anlage I nur der gewerbsmässige Sklavenhandel mit Strafe bedroht, nach unserem Gesetz ist jedoch, wie oben gezeigt, Gewerbsmässigkeit nicht erforderlich. Es werden daher die Richter in Ostafrika Eingeborene auch wegen nicht gewerbsmässigen Sklavenhandels bestrafen müssen.

III. Strafensystem des Gesetzes.

1. Hauptstrafen:

§ 18.

a) Freiheits- und Todesstrafe.

I. Beim Sklavenraub:

a) In § 1 Abs. 1 droht das Gesetz als regelmässige Strafe für jeden, welcher an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen vorsätzlich mitwirkt, Zuchthaus, d. h. also von 1—15 Jahren, an. Das ist gewiss die richtige Strafart und entspricht den Forderungen der

---

vom 7. Juli 1888, Riebow No. 213, Kolisch S. 685. Sie bestimmt in § 2: Die Strafverfolgung ist nur zulässig wegen Handlungen, welche nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen strafbar sind.

Brüsseler General-Akte wie dem § 234 Str.G.B. Ebenso ist es gerechtfertigt, ein höheres Mindestmass (nicht unter 3 Jahren) für die Veranstalter und Anführer eines solchen Unternehmens eintreten zu lassen. Vielleicht wäre es auch angebracht gewesen, wegen Verstümmelungen und andern Körperverletzungen, welche beim Sklavenraub vorkommen, das Mindestmass etwa analog dem § 237 Str.G.B. zu erhöhen. Denn wenn solche Handlungen auch nach dem betreffenden Paragraphen des Str.G.B. bestraft werden können, so ist die Anwendbarkeit derselben doch ebenso beschränkt, wie die des § 234. Auch hätte dies wohl dem Art. 5 der General-Akte entsprochen. Allerdings hat auch die gesamte ausserdeutsche Gesetzgebung beim Sklavenraub[1]) solche Bestimmungen nicht, mit einziger Ausnahme der italienischen Verordnung für die Kolonie Assab, wonach Sklavenhandel (nicht Sklavenraub) als Mord zu bestrafen ist, wenn dabei eine Entmannung stattgefunden hat[2]).

b) Dagegen setzt Abs. 2 § 1 eine ganz erhebliche Strafschärfung fest für den Fall, dass durch einen zum Zweck des Sklavenraubes unternommenen Streifzug (nicht durch jedes Unternehmen) der Tod einer der Personen, gegen welche der Streifzug gerichtet war, verursacht worden ist. In solchen Fällen trifft die Veranstalter und Anführer des Streifzuges die Todestrafe, die übrigen Teilnehmer Zuchthaus nicht unter 3 Jahren. Der Entwurf 91 hatte die Todesstrafe noch nicht, wohl aber der Entwurf 95.

Er führt zur Begründung der Todesstrafe an[3]):

α) ähnliche Fälle im ausländischen Recht[4]).

Diese Fälle sind aber weder ähnlich, noch drohen sie die Todesstrafe absolut an.

1. Eine gewisse Ähnlichkeit zeigt noch Art. 12 verbd. mit Art. 11 des Code pénal für den Kongostaat vom 26. Mai 1888[5]). Der Tod muss aber hier durch zugefügte Misshandlungen verursacht, es muss also Verschulden inbezug auf den Erfolg vorhanden sein. Ferner ist die Todesstrafe nicht allein, ja nicht einmal an erster Stelle, sondern nur wahlweise mit lebenslänglichem Zuchthause angedroht.

2. Der zweite als ähnlich angeführte Fall ist absolut nicht ähnlich

---

[1]) Dem § 239 analoge Bestimmungen finden sich überall.

[2]) Entwurf 95 S. 695.

[3]) Entwurf 95 S. 684.

[4]) Auch Fuld behauptet, das Gesetz habe sich hierin den Gesetzgebungen anderer Staaten angeschlossen.

[5]) Entwurf 95 S. 687.

Art. 2 des Dekretes für den Kongostaat vom 1. Juli 1891[1]) setzt die schwere Strafe nicht für den Eintritt eines schwereren Erfolges, sondern für die bandenmässige Begehung fest. Und auch hier ist neben der Todesstrafe lebenslängliches Zuchthaus (Strafknechtschaft) wahlweise angedroht.

3. Der Art. 344 des Code pénal für Frankreich droht Todesstrafe an, wenn die der Freiheit Beraubten körperlich misshandelt sind.[2]) Diese Bestimmung bezieht sich nicht speciell auf Sklavenraub, und macht nicht den Eintritt eines schwereren, vom Verschulden des Thäters unabhängigen Erfolges zur Bedingung höherer Strafbarkeit. Aber sie scheint doch wenigstens die Todesstrafe absolut anzudrohen. Jedoch entfällt bei näherem Zusehen auch diese Ähnlichkeit mit unserem Gesetz Denn das französische Recht kennt die sogenannten mildernden Umstände als allgemeinen Strafmilderungsgrund, so dass nicht wie bei uns die einzelnen Delikte aufgezählt werden müssen, bei denen mildernde Umstände einen Milderungsgrund bilden. Werden solche vom Richter zugebilligt, so tritt nach Art. 463 des Code pénal eine Herabsetzung der Strafe um einen oder zwei Grade ein, d. h. an Stelle der Todesstrafe tritt lebenslängliche oder zeitige Zuchthausstrafe[3]).

β) Die getadelte Bestimmung des § 1 Abs. 2 soll ferner bereits ein Vorbild im inländischen Rechte haben, nämlich den § 5 Abs. 3 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884. Hier ist in Abs. 2 Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglich festgesetzt, wenn der Tod durch die Handlung verursacht worden ist, in Abs. 3 die Todesstrafe, wenn der Tod durch die Handlung herbeigeführt worden ist, und der Thäter einen solchen Erfolg hat voraussehen können.

Diese unklare und unter Umständen zu unerträglichen Härten führende Bestimmung ist in der Litteratur von allen Seiten angegriffen worden, und mit Recht[4]). Denn hat der Thäter den Erfolg auch wirklich vorausgesehen, so ist diese Bestimmung zwecklos, da in diesem Falle schon nach § 211 Str.G.B. Todesstrafe eintreten würde. Hat er dagegen den Erfolg nicht vorausgesehen, so ist sie ausserordentlich hart. Entweder nämlich ist es ihm als Fahrlässigkeit anzurechnen, dass er den Erfolg nicht vorausgesehen hat, wenn er ihn hätte voraussehen können

---

[1]) Entwurf 95 S. 687.

[2]) Entwurf 95 S. 693.

[3]) Vgl. Rivière in v. Liszts Strafgesetzgebung der Gegenwart I S. 442.

[4]) v. Liszt S. 508, Hälschner G. S. 38 S. 165 ff., Scheiff: Das Dynamitgesetz S. 46 ff. und Sten. Ber. 1895 S. 2345.

und sollen. Dann würde er, wenn wir die Bestimmung des § 5 Abs. 3. nicht hätten, wegen fährlässiger Tötung nach § 222 Str.G.B. höchstens mit 5 Jahren Gefängnis bestraft werden können.

Oder aber der Thäter hat nicht einmal fahrlässig in Bezug auf auf den Erfolg gehandelt. Die Möglichkeit ihn vorauszusehen, ist vorhanden gewesen, aber dass er ihn doch nicht vorausgesehen hat, ist ihm nicht als Fahrlässigkeit zuzurechnen, weil die Voraussicht nicht seine Pflicht war. In diesem Falle würde der Thäter ohne § 5 Abs. 3 gemäss § 5 Abs. 2 nur mit Zuchthaus bestraft werden können.

In unserem Gesetz ist nun die Klausel „und hat der Thäter einen solchen Erfolg voraussehen können“ weggelassen und zwar mit folgender Begründung: „der Hervorhebung des letzteren Umstandes bedürfte es nicht, da mit jedem zum Zweck des Sklavenraubes unternommenen Streifzug die Tötung von Menschen regelmässig verbunden und deshalb immer vorauszusehen ist“. Soll diese Begründung sagen, es liegt bei den Sklavenräubern immer dolus eventualis in Bezug auf den Tod vor, so war die ganze Bestimmung des Absatz 2 unnötig, und ein solcher dolus eventualis würde ja auch bei den Teilnehmern vorliegen. Durch Weglassung der Klausel „und hat der Thäter einen solchen Erfolg voraussehen können“ ist aber bewirkt, dass der Absatz 2 § 1 unseres Gesetzes dem Absatz 2 § 5 des Sprengstoffgesetzes entspricht. Dieser droht aber nicht Todesstrafe wie unser Gesetz, sondern Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglich an.

c) Sehen wir ab von dieser merkwürdigen Begründung, so bietet uns Abs. 2 des § 1 einen jener Fälle, wo der Eintritt eines schwereren Erfolges, der dem Thäter möglicherweise weder zum Vorsatz, noch zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, höhere Strafbarkeit bedingt. Sie sind Überreste der mühsam überwundenen Auffassung der alten Rechte, nach welchen Strafe zuweilen auch ohne Verschulden eintrat. Die Fälle dieser Art sind im Str.G.B. leider noch zahlreich genug. Aber niemals hat nach den bisherigen Bestimmungen der schwerere Erfolg, speciell der Tod eines Menschen, Todesstrafe weder wahlweise mit einer anderen Strafe noch gar absolut zur Folge. Das höchste Strafmass ist in diesen Fällen Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder lebenslänglich. Auch muss in allen diesen Fällen[1]) der schwerere Erfolg durch eine Handlung des Thäters verursacht sein. Nach § 1

---

[1]) §§ 178, 220 Abs. 2, 229, 251, 307, 312, 315, 322 Abs. 2, 323, 324 Str.G.B.

Abs. 2 unseres Gesetzes dagegen werden Veranstalter und Anführer mit dem Tode bestraft, wenn durch den Streifzug der Tod eines Menschen verursacht worden ist, also insbesondere auch dann, wenn durch eine Handlung eines der übrigen Teilnehmer oder durch Zufall eine Person getötet ist.

Bei der dritten Beratung des Gesetzes beantragte[1]) Abgeordneter Schmidt vor dem Worte verursacht, das Wort unmittelbar einzufügen, da man doch zwischen einer näheren und einer ferneren Verursachung unterscheiden müsse; sonst könnten die Veranstalter und Anführer zum Tode verurteilt werden, wenn etwa der Blitz einen Sklaven auf dem Streifzuge erschlagen habe. Der Antrag fand eine sehr absprechende Beurteilung, insbesondere sagte der Abgeordnete Dr. v. Buchka[2]): „Ich habe nicht eine so niedere Auffassung von unseren deutschen Richtern, dass sie in solchen Fällen von der Todesstrafe Gebrauch machen würden“: oder anders ausgedrückt, dass sie in solchen Fällen Verursachung annehmen würden[3]). Nun, so sehr niedrig brauchte die Auffassung nicht zu sein. Nach der herrschenden Ansicht, die auch das Reichsgericht teilt, ist ein Erfolg durch eine Handlung verursacht, wenn diese auch nur eine Bedingung zum Erfolge gesetzt hat. In obigem Falle hat also der Streifzug ohne Zweifel den Tod des Sklaven verursacht[4]). Man würde auch mit dieser Theorie in allen Fällen sehr gut auskommen; denn nun fragt es sich immer noch, hat der Thäter diesen Erfolg auch verschuldet, hat er ihn vorausgesehen, oder hätte er ihn voraussehen können und sollen. Leider straft aber unser Str.G.B. und unser Gesetz ahmt es ihm nach, zuweilen auch ohne Verschulden. Und dann wäre es allerdings, wie Seuffert bemerkt, eine grosse Ungereimtheit, die Veranstalter und Anführer eines Streifzuges mit dem Tode zu bestrafen, wenn etwa der Blitz einen Sklaven erschlagen hätte, oder ein junges Mädchen vor Schreck an Herzschlag gestorben wäre. Daher ist die herrschende Theorie, will sie nicht zu unerträglichen Folgerungen gelangen, gezwungen, in solchen Fällen unlogisch zu sein und Kauselzusammenhang nicht anzunehmen, „wenn

---

[1]) No. 375 der Drucksachen.

[2]) Sten. Ber. S. 2419.

[3]) v. Buchka ist sich ganz klar über den Begriff der Verursachung. Ihm ist ein Erfolg durch eine Handlung verursacht, wenn zwischen beiden Kausalzusammenhang besteht! In der That sehr klar — wie alle Tautologien.

[4]) Völlig übereinstimmend auch hier Seuffert S. 478, v. Liszt S. 349, abweichend Stenglein § 1 Note 8b.

der schwerere Erfolg nur durch eine ausnahmsweise Verkettung von Umständen herbeigeführt wurde"[1]). Sie nähert sich damit für solche Fälle der von v. Kries und Merkel verteidigten Theorie der sog. adäquaten Verursachung, welche verlangt, dass die den Erfolg herbeiführende Körperbewegung allgemein geeignet gewesen sein muss, den Erfolg herbeizuführen.

Nun könnte man sagen, diese Verbrechen sind so schwer und gefährlich, dass sie nur durch die Todesstrafe geahndet werden können. Das ist auch im Reichstag oft ausgesprochen, und es lässt sich dagegen nichts einwenden; nur führt diese Ansicht logischerweise dazu, den Sklavenraub überhaupt mit dem Tode zu bestrafen. Hätte das Gesetz also etwa gegen alle Teilnehmer an einem Streifzuge, oder nur gegen die Veranstalter und Anführer Todesstrafe, vielleicht wahlweise mit lebenslänglichem oder zeitigem Zuchthause angedroht, so würde eine solche Bestimmung keinem Bedenken unterliegen[2]). Aber die Todesstrafe abhängig zu machen von einem Zufall und sie, wenn dieser Zufall eintritt, absolut anzudrohen, das entbehrt jedes vernünftigen Grundes.

II. Beim Sklavenhandel.

Die regelmässige Strafe für Sklavenhandel[3]) und die vorsätzliche Mitwirkung bei der diesem Handel dienenden Beförderung[4]) von Sklaven ist Zuchthaus von 1—15 Jahren. Werden mildernde Umstände zugebilligt, so tritt Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren ein. Die Begründung zum Entwurf 91 rechtfertigt diese Zulassung der mildernden Umstände mit Rücksicht auf die Schiffsmannschaft, welche auf einem Sklavenschiff Dienste nimmt.

Hier eine mildere Bestrafung eintreten zu lassen, kann unter Umständen gerechtfertigt sein, und jedenfalls ist die Bestimmung unseres Gesetzes besser als die bindende Herabsetzung des Strafmasses für die Schiffsmannschaft, wie sie sich in dem oldenburgischen Gesetz, in der preussischen Verordnung und in zahlreichen ausserdeutschen Gesetzen[5]) findet.

---

[1]) v. Liszt S. 109, im Ergebnis ebenso Stenglein § 1 Note 8b.

[2]) Vgl. Dekret des Kongostaates vom 1. 7. 1891 Art. 2.

[3]) Reduktion nach §§ 44 und 49 Str.G.B. möglich.

[4]) Reduktion nur nach § 44 möglich. Vgl. oben S. 59.

[5]) Franz. Ges. v. 4. 3. 31. Art. 2 Entwurf S. 693, und Art. 276 des niederl. Str.G.B. Entwurf S. 696.

Eine Erhöhung des Strafmindestmasses für Kapitän, Steuermann und Superkargo entsprechend dem § 1 Satz 2 setzt das Gesetz nicht fest. Die früheren Landesgesetze und mehrere ausserdeutsche [1]) Gesetze haben eine derartige Bestimmung. Unerklärlich ist es, dass § 2 nicht eine dem Abs. 2 des § 1 entsprechende Bestimmung enthält. Steht man einmal auf dem Standpunkte, einen schwereren unverschuldeten Erfolg auch schwerer zu bestrafen, so ist kein anderer Grund zu finden, weshalb man es hier nicht auch gethan hat, als der, dass man es vergessen hat. Oder wussten die Verfasser etwa nichts von der grausamen Behandlung der Sklaven während der Beförderung zur See, welcher viele zum Opfer fallen? Hier hätte sich die Begründung sogar auf einen wirklich ähnlichen Fall berufen können. Art. 275 des niederl. Str.G.B. straft den Kapitän, wenn der Transport den Tod eines oder mehrerer Sklaven zur Folge hatte, mit Gefängnis bis zu 15 Jahren (sonst 12 Jahre).

Leider hat das Gesetz kein höheres Mindestmass für den gewerbsmässigen Betrieb von Sklavenhandel und Sklavenbeförderung festgesetzt.

Das ausserdeutsche Recht kennt z. T. eine solche Bestimmung: so das Dekret des Kongostaates vom 1. 7. 1891, Art. 5, das indische Str.G.B. von 1860 Sect. 371, vgl. auch das englische Gesetz vom 11. 8. 1876, Sect. 1. Freilich kann ja der Richter dieses Moment bei der Strafzumessung berücksichtigen, aber eine bindende Erhöhung des Strafrahmens entsprechend zahlreichen Bestimmungen des Str.G.B. wäre doch besser gewesen. Sie findet sich auch in dem oben S. 50 N. 1 erwähnten Runderlass des Gouverneurs von Ostafrika.

Dass die Abstufungen in der Bestrafung, je nachdem ob Sklaven an Bord vorgefunden sind oder nicht[3]), in unserem Gesetz nicht aufgenommen sind, möchte ich eher für einen Vorzug als für einen Fehler halten. Ebenso ist die Bestimmung des Art. 6 des franz. Gesetzes von 1831[4]), nach welcher sich die Schiffsmannschaft durch Anzeige der strafbaren Handlung befreien kann mit Recht nicht aufgenommen. Endlich stellt das Dekret des Kongostaates Art. 9 schon jede Vereinigung mehrerer mit der Absicht Sklavenraub oder Sklavenhandel zu betreiben,

---

[1]) Franz. Ges. Art. 2 und 3, ital. Str.G.B. Art. 336 Entwurf S. 694.

[2]) Ähnlich auch spanisch. Ges. vom 17. 5. 1867 Art. 12 Entwurf S. 699.

[3]) So die früheren hanseat. und das preussische Gesetz, ähnlich das französ. von 1831 Art. 2 und 3.

[4]) Ebenso ital. Str.G.B. für die Handelsmarine Art. 345, Entwurf S. 694 und span. Ges. Art. 19, Entwurf S. 699.

unter Strafe. Es wäre wohl zweckmässig gewesen, eine ähnliche Bestimmung auch in unserem Gesetze zu treffen.

§ 19.

b. Geldstrafe.

I. Weder in dem Entwurf von 1891 noch in dem von 1895 findet sich die Geldstrafe (abgesehen von § 4 siehe unten § 22) verwendet, während fast alle ausserdeutschen Gesetze[1]) dieses zur Unterdrückung von Sklavenraub und Sklavenhandel sehr geeignete Strafmittel anwenden. Das Verdienst, die Geldstrafe vorgeschlagen zu haben, gebührt dem Abgeordneten Gröber. Dieser stellte den Antrag[2]), obligatorische Geldstrafe für alle Teilnehmer, mit einem Mindestmass von 10 000 Mk. und einem Höchstmass von 100 000 Mk. für Veranstalter und Anführer eines Streifzuges und Sklavenhändler festzusetzen. Dagegen beantragte der Abgeordnete Stadthagen[3]) fakultative Geldstrafe für alle Teilnehmer gleich, ohne Strafmindestmass und mit demselben Strafhöchstmaas wie der Abgeordnete Gröber. Angenommen wurde schliesslich der Antrag Gröbers, wie er ihn durch Eventualantrag[4]) normiert hatte. Danach ist ohne Unterschied der Teilnehmer auf Geldstrafe (von 3 Mk.) bis zu 100 000 Mk. zu erkennen, und zwar auch dann, wenn mildernde Umstände zugebilligt sind. Dieses Höchstmass übersteigt weit die bisher im Str.G.B. und den Nebengesetzen angedrohten Geldstrafen. Der höchste Betrag findet sich bisher im H.G.B. Art. 249, nämlich Geldstrafe bis 20 000 Mk. Allerdings konnte ja, abgesehen davon, dass es einen allgemeinen Höchstbetrag nicht giebt, auch in den Fällen eine höhere Geldstrafe ausgesprochen werden, wo diese einem bestimmten Vielfachen einer bestimmten Summe entspricht[5]).

II. Das ausländische Recht hat zum grössten Teil die obligatorische Geldstrafe, fakultative nur die englische Kolonie Nord-Borneo (Proklamation vom 25. 10. 1883 Art. 11), die Goldküstenkolonie (Verordnung v. 17. 12. 1874) und Frankreich (Gesetz v. 4. März 1831 Art. 5 Abs. 3).

---

[1]) Ausgenommen nur das holländ. und ital. Recht.
[2]) Drucksache No. 356.
[3]) Sten. Ber. S. 2351.
[4]) Sten. Ber. S. 2354.
[5]) Vgl. z. B. Bank-Gesetz vom 14. 3. 1875 (R.G.Bl. S. 177) und Handels-G.B. Art. 249. f.

Das Höchstmass ist im ausländischen Recht teilweise noch höher als in unserem. So droht das englische Gesetz von 1824 Geldstrafe von 100 Pfd. Sterl. für jeden geraubten Sklaven an. Am weitesten geht das spanische Gesetz von 1867. Danach wird schon die blosse Ausrüstung eines Schiffes (Art. 5) mit Geldstrafe von 20 000 bis 40 000 Escudos, d. h. ungefähr 40—80 000 Mk., ja in Art. 6 sogar die Erwerbung von Negern mit etwa 2000 Mk. für jeden Neger, mindestens aber mit 120 000 Mk. bestraft, in Art. 7 findet sich sogar als Mindestmass etwa 200 000 Mk., in der That ganz ausserordentlich hohe, in ihrer Wirksamkeit deshalb zweifelhafte Strafandrohungen, weil ja in solchen Fällen meist Umwandlung der Geldstrafe notwendig sein wird.

III. Eine solche hat natürlich auch bei unserem Gesetz stattzufinden, wenn die Geldstrafe uneinbringlich ist. Diese Umwandlung erfolgt gemäss § 28 Str.G.B. prinzipiell in Gefängnis, und zwar ist dabei nach § 29 Abs. 1 der Betrag von 3—15 Mk. einer eintägigen Freiheitsstrafe gleich zu achten. Jedoch ist als Höchstmass der an Stelle der Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe 1 Jahr Gefängnis festgesetzt. Ist aber die Geldstrafe neben Zuchthaus erkannt worden, so darf nach § 28 Abs. 3 verbd. mit § 1 Str.G.B. der Höchstbetrag der an die Stelle der Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe $^3/_4$ Jahr Zuchthaus nicht übersteigen[1]).

§ 20.

2. Nebenstrafen.

I. Gemäss § 3 des Gesetzes (wie der beiden Entwürfe) kann auf die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind schon die Bedenken gegen diese Massregel bei uns sehr zahlreich[2]), so scheint sie mir in den Schutzgebieten völlig zwecklos, da ihre Durchführung in diesen weit ausgedehnten Gebieten so gut wie unmöglich ist.

II. Abgeordneter Stadthagen[3]) stellte den Antrag, einzufügen: es kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Wie Staatssekretär Nieberding mit Recht hervorhob, beruht dieser Antrag auf Unkenntnis der einschlagenden Bestimmungen des Str.G.B.

---

[1]) D. h. also nicht mehr, als wenn die Geldstrafe 1095—5475 Mark betrüge.

[2]) Vgl. inbes. Fuhr Strafrechtspflege und Socialpolitik.

[3]) Sten. Ber. S. 2351.

Nach § 32 kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden:

1. bei Todesstrafe und Zuchthausstrafe,
2. bei Gefängnisstrafe, wenn sie
   a) 3 Monate erreicht und
   b) entweder das Gesetz sie ausdrücklich zulässt, oder wenn sie wegen Annahme mildernder Umstände an die Stelle von Zuchthaus tritt.

Nach unserm Gesetz kann also in allen Fällen auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden. Der Antrag war daher unnötig.

III. Der § 3 des Entwurfs 91 statuierte die obligatorische Einziehung aller zur Begehung des Verbrechens gebrauchten oder bestimmten Gegenstände, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht. — Dagegen bringt der Entwurf 95 die falkultative Einziehung, „weil sich sonst, namentlich wenn die Gegenstände einem völlig unbeteiligten Dritten gehörten, eine Härte ergeben könnte“. Logisch ist diese Begründung jedenfalls nicht; denn sie müsste dazu führen, die Einziehung von Gegenständen, die einem völlig unbeteiligten Dritten gehören, überhaupt nicht zu gestatten, da ja sonst der Richter diese Härte immer noch herbeiführen könnte. Diese Härte ergiebt sich aber auch nach zahlreichen Bestimmungen unseres Str.G.B., welche die Einziehung obligatorisch machen (§ 152, 295, 96a, 369 Nr. 2). In § 295 kann es sogar vorkommen, dass die einzuziehenden Gegenstände dem Jagdberechtigten selbst gehören, also dem, dessen Interessen durch § 295 geschützt werden sollen[1]).

Man kann dagegen nicht sagen, die etwa einzuziehenden Schiffe haben aber einen grösseren Wert als die Jagdgeräte etc., denn dafür handelt es sich auch in unserm Gesetz um viel schwerere Verbrechen.

Veranlasst ist diese fakultative Einziehung durch die Erwägung, dass die Rheder für die Handlungen ihrer Schiffer in jenen weit entfernten Gegenden nicht verantwortlich gemacht werden könnten[2]). Aber wie steht es denn mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen, die das Reich übernommen hat?

---

[1]) Auch v. Liszt S. 349 und Seuffert S. 572 N. 49 ziehen diese Parallele.

[2]) Vgl. Sten. Ber. S. 2355. In dem oben erwähnten Falle, wo von deutschen Reichsangehörigen Sklavenhandel getrieben war, waren die Sklaven auf einem Dampfer der Woermann-Linie transportiert. Es war festgestellt, dass Woermann davon keine Kenntnis gehabt hatte.

Gemäss Art. 59 der General-Akte ist das Schiff, welches zum Sklavenhandel benutzt worden ist, dem, der es aufgebracht hat, als gute Prise zu überweisen.

Diese Bestimmung setzt aber gerade obligatorische Einziehung voraus. Der Staat hat denn das konfiscierte Schiff dem andern Staate als gute Prise zu übertragen. Durch die fakultative Zulassung der Einziehung hat also das Deutsche Reich seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht genügt, denn jetzt hat ein Richter es in der Hand, ob er die Einziehung aussprechen will oder nicht. Thut er es nicht, so kann eben die Regierung der Verpflichtung des Art. 59 nicht nachkommen. Dieses Ergebnis liesse sich vielleicht vermeiden durch zwei andere mögliche Auslegungen des Art. 59.

Dieser Artikel könnte vielleicht bloss bedeuten: Im Falle einer Verurteilung, d. h. wenn nach Landesrecht auf Einziehung erkannt wird, so soll die Einziehung nicht wie sonst zu Gunsten des Staates, dessen Behörden sie aussprechen, erfolgen, sondern zu Gunsten des aufbringenden Staates.

Dieser Auslegung steht aber entgegen, dass die Worte „im Falle einer Verurteilung" nach dem ganzen Zusammenhang mit dem vorhergehenden Artikel nur bedeuten können im Falle einer Verurteilung wegen missbräuchlicher Flaggenführung oder Sklavenhandels". Ausserdem sind auch die Worte „zugunsten dessen, der das Schiff aufgebracht hat" (au profit du capteur), welche diese Auslegung wesentlich stützen, erst nachträglich in der Konferenz [1]) eingefügt worden, ohne dass man dadurch irgend welche Änderung hat herbeiführen wollen.

Auf der anderen Seite behauptet schon die Begründung zum Entwurf 95, der Art. 59 der General-Akte sei geltendes deutsches Recht und daher für den deutschen Richter bindend. Derselben Ansicht ist jetzt auch Seuffert (S. 577), weil „Staatsverträge, welche die Unterthanen und deren individuellen Verhältnisse betreffen, wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen erfüllt sind, dieselbe Kraft haben wie Staatsgesetze".

Wäre diese Ansicht richtig, so würde man zu folgendem merkwürdigen Ergebnis kommen, zu dem Seuffert auch wirklich gelangt:

Wenn ein Kreuzer einer fremden Macht ein deutsches Sklavenschiff aufbringt, so muss der Richter auf Einziehung des Sklavenschiffes erkennen; hat dagegen ein deutscher Kreuzer ein deutsches

---

[1]) Vgl. Actes S. 110.

Schiff beim Sklavenhandel ertappt, so ist die Einziehung ins Ermessen des Richters gestellt. Diese Ansicht wird sich nicht durch den Satz widerlegen lassen, dass die General-Akte als das frühere Gesetz durch unser Gesetz derogiert worden sei. Denn es ist sehr wohl denkbar, dass das neue Gesetz nur für sein Herrschaftsgebiet, d. h. wenn ein deutscher Kreuzer ein deutsches Sklavenschiff aufbringt, die Einziehung fakultativ zulassen wollte, dagegen in anderen Fällen es bei dem geltenden Recht, der General-Akte, bewenden lassen wollte.

Dagegen könnte man gegen die erwähnte Ansicht etwa vorbringen, dass die innerstaatlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Gesetzes nicht erfüllt seien und die General-Akte deshalb nicht dieselbe Kraft habe, wie Staatsgesetze.

Denn die Generalakte der Brüsseler Antisklaverei-Konferenz ist zwar vom Bundesrate und von dem Reichstage in den Sitzungen vom 8. und 9. Mai 1891 (ohne irgendwelche Bemerkung!)[1]) angenommen und auch im R.G.Bl. 1892 S. 605 publiziert worden. Aber diese Verkündung ist nicht in der Form, wie sie bei Reichsgesetzen sonst geschieht, nämlich „im Namen des Reichs nach erfolgter Zustimmung des Reichstages" geschehen, sondern die Generalakte ist einfach abgedruckt. Diese bei Staatsverträgen übliche Art der Verkündigung ist schon vielfach getadelt, ja es ist sogar bezweifelt worden, ob sie überhaupt genügt, um dem Staatsvertrag die Kraft eines Reichsgesetzes zu verleihen[2]). Von diesem Standpunkte käme man also dazu, die ganze General-Akte nicht als Reichsgesetz anzusehen.

Doch soll hier von diesem Gesichtspunkte abgesehen werden, da sich aus anderen Gründen ergiebt, dass jedenfalls der Art. 59, selbst wenn die Generalakte als Ganzes sich als Reichsgesetz darstellt, doch den deutschen Richter nicht zwingt, auf Einziehung zu erkennen.

Das deutsche Recht kennt eine Einziehung nur zugunsten der Reichs- und Staatskassen. Der Richter hat nur darauf zu erkennen, dass eingezogen werden soll, d. h. dass die betreffenden Gegenstände ins Eigentum des Fiskus fallen. Das weitere Verfahren ist dann Sache der Verwaltung. Eine derartige Massregel aber wie Einziehung und Überweisung an einen Privaten oder an einen fremden Staat ist dem deutschen Rechte unbekannt. Und sie ist auch nicht durch die General-Akte neu eingeführt. Selbst wenn nämlich ein Staatsvertrag

---

[1]) Sten. Ber. 1890/92 Bd. 4 S. 2812 und 2876.

[2]) Vgl. Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches I. S. 664.

zum Staatsgesetz geworden ist, so binden doch sicherlich nicht alle Bestimmungen desselben die Unterthanen ebenso unmittelbar wie ein Reichsgesetz. Zahlreiche Bestimmungen sind inhaltlich garnicht dazu geeignet, von den Unterthanen erfüllt zu werden z. B. die Verpflichtung ein Gesetz zu erlassen. Man muss deshalb bei jeder einzelnen Bestimmung eines solchen Staatsvertrages prüfen, ob sie einen Befehl an die Unterthanen enthält oder lediglich eine völkerrechtliche Verpflichtung, kraft deren der kontrahierende Staat erst Befehle an die Unterthanen erlassen soll. Art. 59 lautet: Im Falle einer Verurteilung soll das sequestrierte Schiff zu Gunsten dessen, der es aufgebracht hat, für gute Prise erklärt werden.

Der Kapitän, die Schiffsmannschaft und alle anderen für schuldig erkannten Personen sollen je nach der Schwere der von ihnen begangenen Verbrechen oder Vergehen und in Gemässheit des Artikels V bestraft werden.

Sicherlich richtet sich die Verpflichtung oder der Befehl, welcher in den beiden „Soll" ausgesprochen ist, an ein und dasselbe Subjekt; es wird niemand annehmen wollen, dass durch den 1. Absatz ein anderer verpflichtet werden soll als durch den zweiten.

Ebenso wie nach Seuffert's Meinung der Richter verpflichtet wäre, die Einziehung auszusprechen, so müsste er daher auch schon nach der General-Akte die Sklavenräuber und -Händler bestrafen, ohne dass ein besonderes Staatsgesetz erforderlich wäre. Unser Gesetz v. 28. 7. 1895 wäre also völlig überflüssig.

Und doch hat die Regierung es für nötig gehalten, weil sie der Ansicht war, dass die Generalakte wie in Art. V, so auch in Art. 59 nur eine völkerrechtliche Verpflichtung der vertragschliessenden Staaten, regelt, kraft welcher die Staaten ein den Anforderungen der General-Akte entsprechendes Gesetz erlassen sollten.

Dasselbe gilt dann auch von der im Absatz 2 festgesetzten Verpflichtung. Auch sie wendet sich an die Staaten, nicht unmittelbar an die Unterthanen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung musste dadurch geschehen, dass unser Gesetz die Einziehung obligatorisch anordnete, was es nicht gethan hat.

Offenbare Flüchtigkeit ist es endlich, wenn das Gesetz § 3 weiter bestimmt: Ist die Verfolgung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so kann auf die Einziehung selbständig erkannt werden. Diese Bestimmung entspricht dem § 42 Str.G.B. Es fehlen aber die Worte „oder die Verurteilung". Es kann daher nicht auf Einziehung erkannt

werden, wenn zwar die Vorfolgung, aber nicht die Verurteilung ausführbar ist.

Das ausländische Recht hat die obligatorische Einziehung mit Ausnahme des holländischen und des belgischen. Hier ist sie gemäss Art. 32 holländ. Str.G.B. und Art. 4 des belgischen Gesetzes vom 3. Juli 1893 nur fakultativ [1]).

III. Andere Nebenstrafen enthält das Gesetz nicht. M. E. hätte sich Entziehung der Befugnis zum ferneren Betriebe des gemissbrauchten Gewerbes und Entziehung des Flaggenrechts empfohlen [2]), Dem hätte natürlich § 6 E.G. nicht entgegen gestanden, denn dieser bezieht sich nicht auf spätere Reichsgesetze.

Nach § 143 der Gewerbeordnung darf zwar die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes nicht entzogen werden. Aber auch hier können spätere Reichsgesetze Abweichendes bestimmen [3]).

Endlich steht der Entziehung des Flaggenrechts nicht etwa das Gesetz betreffend die Nationalität der Kauffahrteischiffe vom 25. 10. 1867 entgegen, da ja ein späteres Reichsgesetz frühere abändern kann. Übrigens hätte diese Entziehung auch dem Art. 40 der General-Akte entsprochen.

§ 21.

IV. Im Gesetz nicht erfüllte Forderungen der Brüsseler General-Akte.

Hierher möchte ich nicht die schon erwähnten kleineren Versäumnisse rechnen, sondern nur die Forderungen des Art. 19 Abs. 2 und des Art. 12.

I. Art. 19 Abs. 2 lautet: Jede Person, welche sich eine Bestrafung wegen einer der in der gegenwärtigen General-Akte vorgesehenen Übertretungen zugezogen hat, soll zur Stellung einer Kaution verpflichtet werden, bevor sie wieder zu Handelsunternehmungen

[1]) Ist das Schiff nicht ergriffen worden, Einziehung also unmöglich, so ist nach dem franz. Ges. v. 31 Art. 5 Geldstrafe in Höhe des Wertes des Schiffes verwirkt. Ebenso italienisches Gesetzbuch für die Handelsmarine von 1877 Art. 344 Abs. 2.

[2]) Vgl. preuss. Verordng. von 1844 § 7, Entwurf zum Bremer Str.G.B. von 61 § 372, verbunden mit § 72. Das belgische Gesetz vom 3. 7. 93 ordnet im § 3 gegen Offiziere und Kapitän die Aberkennung der Befugnis, ein Kommando zu führen, an.

[3]) Das ist schon geschehen durch das Gesetz betr. die Untersuchung von See-Unfällen vom 27. 7. 1877 (R.G.Bl. S. 549) § 26.

in den Ländern, wo Sklavenhandel herrscht, zugelassen werden darf. Weder in den Entwürfen noch in den Reichstagsverhandlungen ist dieser Kaution auch nur mit einem Worte Erwähnung gethan.

Die Kaution, wie sie von der General-Akte verlangt wird, hat eine gewisse Ähnlichkeit mit der Friedensbürgschaft, wie sie in England eingebürgert ist. Ihre allgemeine Einführung bei uns, wie sie 1875 geplant war, unterliegt erheblichen Bedenken [1]).

In der geringen Ausdehnung, wie sie die General-Akte einführt, hätte man sie jedoch m. E. unbedenklich anwenden können. Denn kann der betreffende Sklavenhändler die Kaution nicht leisten, so trifft ihn eben kein anderer Nachteil, als dass er zu Handelsunternehmungen nicht zugelassen wird.

Seuffert S. 573 behandelt auch den art. 19 der General-Akte als geltendes Recht. Die Gründe dafür, dass ich diese Ansicht für unrichtig halte, sind dieselben wie oben S. 80 erörtert.

Eine einzige, ähnliche Bestimmung findet sich übrigens in der Verordnung für Ostafrika betr. Haftbarkeit und Sicherheitsleistung von Karawanen innerhalb des deutschen Schutzgebietes [2]). Jede Karawane, die das Schutzgebiet durchziehen will, muss eine Summe in baarem Gelde oder Wertpapieren hinterlegen [3]). Durch Runderlass vom 17. 12. 95 (Kolisch S. 612) sind alle Stations- und Bezirksämter erneut aufgefordert, mit aller Strenge darauf zu achten, dass nicht als Träger oder unter sonstigen Vorwänden Sklaven unter das Personal der Karawanen eingeschoben und heimlich zur Küste gebracht werden.

II. Nach Art. 12 der General-Akte sollen gegen die Uebertreter des Verbots der Waffeneinfuhr Strafbestimmungen erlassen werden. Das Gesetz enthält darüber nichts; jedoch genügen die Verordnungen der Gouverneure und Kommissare in den Schutzgebieten den Forderungen der General-Akte [4]). Vom ausländischen Recht enthält nur das Dekret des Kongostaates vom 1. 7. 1891 Art. 17 eine entsprechende Bestimmung über Kautionsleistung, jedoch sind auch hier Voraussetzungen und Höhe

---

[1]) Vgl. Rosenfeld in v. Liszt's Abhandlungen des kriminalistischen Seminars S. 182 und öfters. Das belg. Ges. regelt sie nicht, giebt dagegen Strafbestimmungen gegen Einfuhr von Waffen, welche wieder im Dekret des Kongostaates fehlen.

[2]) Verordnung vom 30. 9. 1892. Riebow No. 146, Kolisch S. 611.

[3]) Also Kaution in der Form, wie sie das erste belgische Projekt vorgeschlagen hatte. Siehe oben S. 46.

[4]) Siehe oben S. 17.

der Kaution späterer Festsetzung vorbehalten. Strafbestimmungen gegen die Einfuhr von Waffen enthält es nicht, umgekehrt das belgische Gesetz.

§ 22.

V. Ergänzung des Gesetzes durch kaiserliche Verordnung:

Schon der 1. und 2. Entwurf brachten in § 4 die Bestimmung: wer den vom Kaiser zur Verhütung des Sklavenhandels erlassenen Verordnungen zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis 6000 Mark bestraft, also ein Blankettstrafgesetz, ähnlich wie z. B. § 145 Str.G.B.

In den Reichstagsverhandlungen wurde auf Antrag des Abgeordneten Gröber eingefügt: „mit Zustimmung des Bundesrats". Es lässt sich dagegen nichts einwenden, höchstens dass nun von diesem Rechte noch weniger Gebrauch gemacht werden wird.

Diese Verordnungen können, wie die Begründung zu § 4 angiebt, dazu dienen, insbesondere einzelne Fälle, in welchen dass preussische Gesetz das Vorhandensein von Sklavenhandel präsumierte, selbständig mit Strafe zu bedrohen, d. h. also Vorbereitungshandlungen unter selbständige Strafe zu stellen. Denn, wie oben gezeigt, sind ja beim Sklavenhandel und -Transport die Vorbereitungshandlungen nach den gewöhnlichen Grundsätzen straflos.

Sie sind auch dazu geeignet, die im Gesetz nicht erfüllten Forderungen der General-Akte, insbesondere die Auferlegung der Kaution zu regeln.

Der Vorsatz des Anstifters

nach geltendem Rechte.

Von

Dr. iur. **Kurt Loewenheim.**

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Geheimrat Prof. Dr. von Liszt, Halle.

Abkürzungen:

GA = Archiv für Strafrecht, begründet durch Goltdammer, fortgesetzt von Meves, Dalcke und Mugdan. Berlin, 1853 ff.
GS = Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Strafrecht u. s. w., herausgegeben von Stenglein, 1849 ff.
HH = v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts (von verschiedenen Verfassern). 4 Bände 1871—77.
RG = Reichsgericht.
RG Entsch. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig, 1880 ff.
St. G. B. = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Sächs. G. Z. = Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen, herausgegeben von Schwarze. Leipzig 1857—80.
Z = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, herausgegeben von v. Liszt und v. Lilienthal. Berlin, Leipzig, Wien 1881 ff.

Verzeichnis der benutzten Werke:

v. **Bar**, die Lehre vom Kausalzusammenhange. Leipzig 1871.
Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. Berlin 1843. = Berner Imputationslehre.
Berner, Die Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen. Berlin 1847. = Berner, Teilnahme.
Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts. Leipzig 1861. = Berner, Grundsätze.
Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 17. Aufl. Leipzig 1895. = Berner.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung. 1. Bd. 2. Aufl. Leipzig 1890. 2. Bd. Leipzig 1877. = Binding, Normen.
Binding, Grundriss des Gemeinen deutschen Strafrechts, 4. Aufl. Leipzig 1890. = Binding, Grundriss.
Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I. Leipzig 1885. = Binding, Handbuch.
Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen. Leipzig 1869.

Benecke, in der Z V S. 720—32.

Birkmeyer, Ueber Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht. Rostock 1885. = Birkmeyer, Ursachenbegriff.

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890. = Birkmeyer, Teilnahme.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelb. Thätersch. Berlin 1888.

v. Buri, Zur Lehre v. d. Teilnahme u. s. w. Giessen 1860 = v. Buri, Teilnahme.

v. Buri, Über Teilnahme am Verbrechen. G. S. 1870 S. 1—53, 81—123, 75—88.

v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung. Leipzig 1873. = v. Buri, Kausalität 1873.

v. Buri, Einige Bemerkungen zum Allgemeinen Teile des Strafrechts, im GS 1876 S. 161—221. = v. Buri, GS 1876.

v. Buri, Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart 1885. = v. Buri, Kausalität 1885.

v. Buri, Bemerkungen zu dem Lehrbuche des Deutschen Strafrechts von Merkel, GS 1889 (Bd. 42) S. 241—76 = v. Buri, GS 1889.

v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Leipzig 1894. = v. Buri, Beiträge.

v. Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen, in Deutschland giltigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl., herausgegeben von Mittermeier. Giessen 1847.

Foinitzky, Die strafrechtliche Doktrin der Teilnahme. Z XII S. 55—86.

Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2 Bd. Leipzig 1861 f.

Gessler, Über den Begriff und die Arten des Dolus. Tübingen 1860.

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Thatbestand der Verbrechen nach österreichischem Rechte. Innsbruck 1862 = Geyer, Erörterungen.

Geyer, Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen und Begünstigung, in HH II 321—428. IV 141—78 = Geyer, HH II bezw. IV.

Geyer, Grundriss zu Vorlesungen für Gemeines deutsches Straftrecht. 1. Hälfte München 1884. = Geyer, Grundriss.

Getz, in der Z XV.

Glaser, Zur Lehre vom Dolus des Anstifters, GS 1858 S. 24—39. Kleine Schriften S. 95—106.

v. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 4. Aufl. Giessen 1825.

Hälschner, System des Preussischen Strafrechts. 1. Theil. Bonn 1858. = Hälschner, System

Hälschner, Der Criminalprozess gegen Rose und Rosahl, ein Beitrag zur Lehre vom Irrtum. GA VII 433—50 = Hälschner GA VII.

Hälschner, Die Mitthäterschaft im Sinne des deutschen Strafgesetzbuchs. GS 1873 S. 81—121 = Hälschner GS 1873.

Hälschner, Das Gemeine Deutsche Strafrecht. 2 Bd. Bonn 1881—87 = Hälschner.

Haupt, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme. Z XV S. 202—14. 569—97.

Hermes, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, Berlin 1878.

v. Holtzendorff, Tötung HH III 403—72.

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. 4 Bd. Leipzig 1881.

Janka, Das österreichische Strafrecht. 2. Aufl. Wien 1894.

Jarcke, Handbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. 3 Bd. Berlin 1827 ff.

Kohler, Deutsches Patentrecht, Mannheim u. Strassburg 1878. = Kohler, Patentrecht.

Kohler, Studien aus dem Strafrechte. Mannheim 1890. = Kohler, Studien.

Kleinschrod, Systematische Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des Peinlichen Rechts. 3 Teile. Erlangen 1794.

Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts, Tübingen 1845. = Köstlin, Revision.

Köstlin, System des Deutschen Strafrechts. Tübingen 1855. = Köstlin, System.

v. **Kries**, Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme. Z VII 521—72.

Liepmann, Die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffes. Z XIV 446—504.

v. **Lilienthal**, Grundriss zur Vorlesung über Deutsches Strafrecht. Marburg 1892 = v. Lilienthal.

v. **Liszt**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Berlin 1894. = v. Liszt.

v. **Liszt-Bennecke**, Adolf Dochows Strafrechtsfälle, zum akademischen Gebrauche herausgegeben. 4. Aufl. Jena 1891 = Dochow-Liszt.

Löning, Grundriss zu Vorlesungen über Deutsches Strafrecht. Frankfurt 1895. = Löning.

Luden, Abhandlungen aus dem Gemeinen Deutschen Strafrechte. 2 Bd. Göttingen 1836—40.

Lukas, Die subjektive Verschuldung. Berlin 1883.

Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889. = Merkel.

H. **Meyer**, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895. = H. Meyer.

Motive, Zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund. Berlin 1869. = Motive zum I. Entwurfe.

Motive, Zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund (Aktenstücke des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1870 No. 5.) Berlin 1870, Verlag von H. Kortkampf = Motive zum III. Entwurfe.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 2 Bd. Berlin. = Olshausen.

Oppenhoff, Die Rechtsprechnng des Königlichen Obertribunals. Berlin 1862 ff.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, erläutert. 12. Aufl. Berlin 1891. = Oppenhoff.

Ortmann, Aphoristische Bemerkungen zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. GA 1874 (Bd. 22) S. 385—95. = Ortmann GA 1874.

Ortmann, Über die Fiktionen der Ursächlichkeit in der Lehre von der Teilnahme, GA 1876 S. 81—114. = Ortmann GA 1876.

Rosshirt, Lehrbuch des Kriminalrechts, Heidelberg 1821. = Rosshirt.

Rüdorff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Stenglein. 4. Aufl. Berlin 1892. = Rüdorff-Stenglein.

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879 = Rubo.

Schütze, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1869. = Schütze. Notwend. Teilnahme.

Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874. = Schütze.

v. Schwarze, Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen. 25 Bd. Leipzig 1857 ff. = Sächs. GZ.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5 Aufl. Leipzig 1884. = v. Schwarze.

Siegel, Verwechselungsfälle bei Anstiftung. Göttingen 1895.

Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Philosophie. Lund 1894.

v. Wächter, Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts. 2 Bd. Stuttgart 1825.

v. Wächter, Deutsches Strafrecht, Vorlesungen von Carl Georg v. Wächter, herausgegeben von O. v. Wächter. Leipzig 1881 = v. Wächter, Vorlesungen.

Zachariä, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, insbesondere der Anstiftung. Archiv für Kriminalrecht 1850 S. 265—86. = Zachariä Krim.-Arch.

Übersicht.

Einleitung . . . . § 1

I. Teil: Die Auffassung der Anstiftung im heutigen Rechte.

1. Abschnitt: Die Streitfrage . . . . § 2

2. Abschnitt: Die Stellung des Reichsstrafgesetzbuchs . . . . § 3

II. Teil: Der Vorsatz des Anstifters.

1. Abschnitt: Dogmatische Begriffsbestimmung . . . . § 4

2. Abschnitt: Darstellung bezw. Widerlegung der abweichenden Ansichten.

A. Kohler . . . . § 5

B. v. Wächter, Berner, Hälschner, Binding, Haupt . . . . § 6

C. v. Buri . . . . § 7

D. v. Liszt, Merkel, v. Lilienthal . . . . § 8

E. Birkmeyer . . . . § 9

III. Teil: Praktische Anwendung der richtigen Begriffsbestimmung auf besonders wichtige bezw. streitige Fragen.

1. Abschnitt: Inwieweit kann der Vorsatz des Anstifters durch Irrtum ausgeschlossen werden? . . . . § 10

2. Abschnitt: Haftet der Anstifter, wenn er die Ausführung der That für unmöglich gehalten hat? . . . . § 11

3. Abschnitt: Haftet der Anstifter, wenn er die Vollendung der That selbst unmöglich gemacht hat? . . . . § 12

4. Abschnitt: Haftet der Anstifter, wenn dem Thäter bei Ausführung der That ein error in obiecto widerfahren ist? . . . . . § 13

Schluss . . . . § 14

§ 1.

Trotz der ausserordentlich umfangreichen Litteratur, die sich an die strafrechtliche Lehre von der Teilnahme und speziell der Anstiftung knüpft, ist die Frage nach der Natur des Vorsatzes des Anstifters nur sehr spärlich erörtert worden.

Die einzige Abhandlung, welche sich unmittelbar mit diesem Thema beschäftigt, ist wohl der kurze Aufsatz, den Glaser im Jahre 1858 im Gerichtssaal veröffentlichte.[1]

Der Grund für solche stiefmütterliche Behandlung des Anstiftervorsatzes wird von Glaser mit Recht darin gefunden, dass in der Teilnahmelehre schon die blosse Feststellung der Grundbegriffe der Wissenschaft hervorragende Schwierigkeiten darbietet. Daher ist es natürlich, dass auch bezüglich der Anstiftung die Litteratur für ihre nächste Aufgabe erachtete, den Begriff der Anstiftung klar zu legen, dass sie sich in erster Linie bemühte, dass Wesen der Anstiftung gegenüber den anderen Formen der Beteiligung an einem Verbrechen festzustellen und abzugrenzen, und dass sie sich mit dem Vorsatze des Anstifters nur in soweit beschäftigte, als es zur besseren Beleuchtung der gezogenen Grenzlinien nötig zu sein schien.

In der Vorrede zu seinem Aufsatze über den Vorsatz des Anstifters erklärte denn auch Glaser, es werde „der Sache wohl nur förderlich sein, wenn er sich bemühe, so viel als irgend möglich, das eigentliche Feld der zahllosen Kontroversen in der Teilnahmelehre zu vermeiden, und sich an das zu halten, was noch als allgemein zugegeben angesehen werden dürfe.“[2]

---

[1]) Glaser, zur Lehre vom Dolus des Anstifters G. S. 1858. S. 24—39, s. jetzt auch: Kleine Schriften S. 95—106.

[2]) Vgl. Glaser, Kleine Schriften S. 95 a. E. 96.

Dem gegenüber befindet sich derjenige, der heutzutage den Vorsatz des Anstifters zu untersuchen gedenkt, in bedeutend günstigerer Lage. Schrieb doch Glaser seinen Aufsatz länger denn ein Jahrzehnt vor dem Erscheinen des Deutschen Reichsstrafgesetzbuchs. Damals galten innerhalb der Deutschen Grenzen noch Dutzende verschiedener „Strafrechte", heute haben wir das Glück, ein im ganzen Deutschen Reiche gleichmässig geltendes Strafgesetzbuch zu besitzen. Und wenn auch der wissenschaftliche Kampf um das Wesen der Anstiftung noch mit ungeschwächter Kraft weitergeführt wird, so ist doch durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs nicht nur für die Praxis, sondern auch für die deutsche Wissenschaft ein fester Ausgangspunkt in dieser Frage geschaffen worden.

In besonderem Maasse trifft dies für solche wissenschaftliche Abhandlungen zu, die sich nicht mit der allgemeinen Natur der Anstiftung befassen, sondern aus dem Wesen der Anstiftung nach bestimmten Richtungen hin Folgerungen ziehen wollen.

Zu dieser Kategorie gehört auch die Untersuchung des Vorsatzes des Anstifters. Für ihre Durchführung bildet eine bestimmte Anschauung über das Wesen der anstifterischen Thätigkeit die unerlässliche Voraussetzung. Diesen festen Boden kann, zumal angesichts der wesentlich praktischen Bedeutung der Frage, nur der Standpunkt des Strafgesetzbuchs darstellen. Die Auffassung, welche das Strafgesetzbuch bezüglich des Wesens der Anstiftung vertritt, muss für unsere Erörterung des Anstiftervorsatzes Ausgangspunkt und Grundlage bilden.

Es wird daher zunächst unsere Aufgabe sein, in kurzen Worten den Standpunkt des Gesetzes klarzustellen, um sodann auf der so gewonnenen Grundlage in die Untersuchung des Vorsatzes des Anstifters einzutreten.

§ 2.

Diejenigen Personen, welche bei der Ausführung eines Verbrechens beteiligt sein können, nehmen eine zweifach verschiedene Stellung ein.

Die einen stehen der Ausführung der That selbständig gegenüber, sie bringen den Erfolg nach der Willens- und Thatseite selbst-

ständig hervor, ihre Thätigkeit erscheint bei der Begehung der That als die prinzipale und ihre Strafbarkeit bestimmt sich nach der Strafbarkeit des von ihnen herbeigeführten Erfolges: sie sind die Urheber des Verbrechens.

Die andern dagegen wollen das Verbrechen nicht selbständig begehen, sie stehen lediglich dem Urheber helfend und fördernd bei der Ausführung seiner That zur Seite; ihre Thätigkeit ist nur eine accessorische und ihre Strafbarkeit ist abhängig von der Strafbarkeit des Urhebers: sie sind Teilnehmer an dem Verbrechen.[1])

Prinzipal beteiligt ist unzweifelhaft der physische Thäter, d. h. derjenige, welcher den gesetzlichen Thatbestand des Verbrechens selbständig verwirklicht; und accessorisch beteiligt ist ebenso unzweifelhaft der Gehilfe, d. h. derjenige, welcher dem Thäter bei der Begehung des Verbrechens durch Rat oder That Unterstützung gewährt.

Welche Stellung aber nimmt der Anstifter ein? Diese Frage ist bestritten, seitdem überhaupt die Strafrechtswissenschaft sich mit dem Wesen der Anstiftung beschäftigt hat.

I. Die eine Ansicht geht dahin, dass die Anstiftung als Urheberschaft und zwar gegenüber der physischen Urheberschaft des ausführenden Thäters als intellektuelle Urheberschaft aufzufassen sei.

Diese Auffassung der Anstiftung wird begründet durch den Hinweis auf ihre Kausalität für den eingetretenen Erfolg, welche den Anstifter als intellektuellen Herbeiführer dieses Erfolges erscheinen lässt. „Kausalzusammenhang zwischen einer Körperbewegung und einem Erfolge ist dann vorhanden, wenn die Körperbewegung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müsste.“[2])

Von all den zahllosen Bedingungen, als deren logisches Produkt der Erfolg erscheint, kann aber keine einzige hinweggedacht werden,

[1]) Ein fester technischer Sprachgebrauch für die Worte Urheber und Teilnehmer, Thäter und Gehilfen hat sich namentlich in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts nicht gebildet. Dieselben werden von den verschiedenen Schriftstellern willkürlich vertauscht. Vgl. die Bemerkungen Mittermaiers in Feuerbachs Lehrbuch § 44, Note II. III.

[2]) v. Liszt S. 104.

ohne dass damit der Eintritt des Erfolges selbst in sich zusammen fallen müsste.

Sie alle sind für seine Verursachung gleich notwendig und wesentlich, und daher erscheint jeder, der durch sein Verhalten eine Bedingung des Erfolges gesetzt hat, als Verursacher des Erfolges.[1])

Von diesem Grundsatze aus, so folgert man weiter, ist die Thätigkeit des Anstifters sicher für den eingetretenen Erfolg kausal. Der ganze Plan des Verbrechens ist im Kopfe des Anstifters entstanden, und nur auf Grund seiner intellektuellen Einwirkung hat der eigentliche Thäter den Erfolg bewirkt. „Wenn sich der Anstifter zwar in seiner Thätigkeit auf das Anstiften eines andern beschränkte, so hat er doch die Handlung des Angestifteten, insofern dieselbe von ihm absichtlich wirklich veranlasst wurde und seiner Absicht entspricht, auch vollkommen als die seinige anzuerkennen."[2])

Seine Thätigkeit ist gegenüber dem Eintritte des Erfolges eine entschieden prinzipale.

Zwar erscheint der Angestiftete nicht in dem Sinne als Werkzeug des Anstifters, wie ein aus Irrtum oder Zwang handelnder, aber er darf dennoch insofern als sein Werkzeug bezeichnet werden, als sich der Anstifter seiner zur Verwirklichung der von ihm erdachten und zuerst beabsichtigten That bedient: die Beeinflussung des Thäters ist nur ein Glied in der Kausalkette zwischen Ursache und Wirkung und das Verbrechen muss zugleich als Verbrechen desjenigen betrachtet werden, der die Begehung desselben vorsätzlich verursachte.

Auf Grund dieser Auffassung erscheint die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft neben der physischen Urheberschaft des Angestifteten. Der Anstifter tritt als

[1]) Diese Kausalitätstheorie, welche Ursache und Bedingung einander gleichsetzt, ist heute die herrschende. Ihr Hauptvertreter ist von Buri und mit ihm das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen (Zusammenstellung bei Birkmeyer, Ursachenbegriff Anm. 57.) Ebenso v. Liszt S. 104. 106. Geyer, Grundriss I. 119. Hälschner I 227. u. v. a. Vgl. die Litteratur bei v. Liszt S. 106. Anm. 5. Gegner des Burischen Ursachenbegriffs sind vor allem v. Bar, Kausalzusammenhang S. 11., Binding, Normen I. 116. Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 170 a. E. (gegen letzteren für die herrschende Ansicht vgl. Benecke.' Z. 5 S. 730 ff.)

[2]) Hälschner System S. 341.

intellektueller Thäter selbständig neben den physischen Thäter, sie stehen zwei physischen Mitthätern vollständig gleich. „Die intellektuellen Kräfte sind von gleicher Wesentlichkeit für den Erfolg, wie die physischen Kräfte, und der Grund der Haftbarkeit des intellektuellen Urhebers für den Erfolg ruht darin, dass seine intellektuellen Kräfte durch Hinleitung der physischen Kräfte (des Angestifteten) zu dem Erfolge ein Bestandteil desselben geworden sind.“ [1])

„Man kann sagen, dass der intellektuelle Thäter durch das Medium des Thäters sehe und sich versehe.“[2])

Sonach ist auch die Strafbarkeit des Anstifters unabhängig von der Strafbarkeit des Angestifteten. Wenn die Strafbarkeit des einen von ihnen entfällt, so bleibt trotzdem der andere als selbstständiger Verursacher des Erfolges strafbar. Daher ist z. B. der Anstifter zum Selbstmorde, wenn auf Grund der Anstiftung der Selbstmord des Angestifteten erfolgt ist, als intellektueller Urheber des Mordes schuldig, obgleich auf Seiten des Angestifteten eine strafbare Handlung nicht vorliegt.

Diese Auffassung der Anstiftung, welche die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft zusammen mit der physischen Urheberschaft der Beihülfe als accessorischer Teilnahme gegenüberstellt, muss mit von Liszt[3]) als die allein wissenschaftlich begründete und praktisch brauchbare bezeichnet werden. Sie war lange Zeit, insbesondere im Anfange unseres Jahrhunderts, auf Grund der Darstellung Feuerbachs die herrschende,[4]) und sie wird auch heut-

[1]) Vgl. v. Buri, Teilnahme S. 28. 29.

[2]) Kohler, Studien S. 142. Ebenso Geyer H. H. II 361.

[3]) v. Liszt S. 189. a. E.

[4]) Vgl. z. B. Kleinschrod, Peinliches Recht I. 258. i. f. Feuerbach, Lehrbuch § 44, v. Grolman § 32. Rosshirt § 30, Jarcke Handbuch I. § 35, Zachariä, Teilnahme im Krim. Arch. 1850. S. 271. ff., Berner Teilnahme S. 269, Hälschner System S. 340 ff, Geib, Lehrb. S. 320, v. Buri Teilnahme S. 28 f., u. a.

Vgl. weitere Litteraturangaben bei Hälschner I. 370 Anm. 3, Geyer H. H. II. 334, Note 11.

Die Begründung der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft war allerdings eine sehr wechselnde; diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, dass die Scheidung zwischen der Urheberschaft und der Teilnahme in verschiedener Weise begründet wurde. Die Feuerbachsche Begründung, wonach der Urheber Hauptursachen, der Teilnehmer Nebenursachen des Erfolges gesetzt haben sollte, erwies sich bald als unhaltbar. Man kam auf die subjektive Unterscheidung, dass

zutage von einer sehr grossen Anzahl der bedeutendsten Kriminalisten vertreten.[1])

II. Gegenüber der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft, welche den Anstifter als Mitthäter des Verbrechens erscheinen lässt, besteht jedoch in der Strafrechtswissenschaft eine zweite Ansicht, nach welcher die Anstiftung als accessorische Teilnahme angesehen werden muss.

So schreibt bereits Steltzer:[2]) „Nur wer unmittelbar die Existenz des Verbrechens bewirkt, ist Urheber des Verbrechens; wer mittelbar oder durch Nebenhandlungen zur Existenz des Verbrechens etwas beiträgt, heisst Gehilfe.

Hiernach wird der Anstifter, der ja nur durch das Mittel des Angestifteten, also mittelbar, die Begehung des Verbrechens herbeigeführt, von Steltzer nicht als Urheber angesehen.

Indessen den lebhaftesten Widerspruch erfuhr die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft gegen die Mitte des Jahrhunderts durch die Vertreter der indeterministischen Lehre von der Freiheit des menschlichen Willens.

Die Grundlage der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft, die Kausalität der Anstifterthätigkeit für den eingetretenen Erfolg, wurde von ihnen angegriffen. Sie erklärten es für unmöglich, dass gegenüber einem freiwollenden Menschen überhaupt von Kausalität die Rede sein könne; auf Grund der freien Willensbestimmung des Menschen könne man unmöglich den Angestifteten als Werkzeug des Anstifters betrachten. Vielmehr werde durch den freien Willens-

der Urheber die That als die seinige wolle, der Gehilfe dagegen der fremden That diene (vgl. die Litteratur bei Hälschner I. 371 Anm. 1.), man suchte endlich die Begründung durch die Verschiedenheit des der Anstiftung und der physischen Thäterschaft zu Grunde liegenden Motives und Zweckes zu führen (vgl. die Litteratur bei Hälschner I. 372 Anm. 1.). Indessen diese Verschiedenheiten sind für uns nicht wesentlich. Das Wesentliche ist, dass bei allen jenen Schriftstellern die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft verbunden mit der physischen Urheberschaft der Beihilfe als accessorischer Teilnahme gegenübergestellt wird.

1) Vgl. z. B. v. Liszt a. a. O. Binding, Handbuch S. 701. Janka, Oesterr. Strafrecht S. 143 f, Kohler, Patentrecht S. 522, Studien I, 106 ff. Getz. Z. XV. S. 348 ff. Foinitzky, Teilnahme Z. 12. S. 81. u. a. Vielleicht nicht mit Unrecht nennnt Hermes, Teilnahme S. 30 die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft heute wiederum die herschende.

2) Steltzer Lehrbuch §§ 134, 135, zitiert nach Geib Lehrbuch S. 319.

entschluss des zurechnungsfähigen und mit voller Voraussicht des Erfolges handelnden Thäters der ursächliche Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Anstifters und dem schliesslichen Erfolge notwendig unterbrochen, und nicht der Anstifter, sondern nur der physische Thäter habe diesen Erfolg verursacht.[1])

Die schroffsten Vertreter dieser Richtung erklären es überhaupt für gänzlich unmöglich, dass der freie menschliche Wille durch irgend welche äussere Einflüsse bestimmt werden könne.[2]). Aber auch diejenigen, welche jene Möglichkeit nicht schlechthin leugnen, halten das Bestehen eines Kausalzusammenhanges gegenüber diesem freien Willen für ausgeschlossen.

So erklärt zum Beispiel Köstlin[3]) mit dürren Worten: „Von einem Kausalitätsverhältnisse ist in der Sphäre der Freiheit nie die Rede."

Man sollte nun erwarten, dass diese Lehre, welche den Anstifter ganz ausser allem Kausalzusammenhange mit dem schliesslichen Erfolge stehen lässt, zu dem folgerichtigen Schlusse käme, den Anstifter für diesen Erfolg auch nicht verantwortlich zu machen. Allein gegen diese Folgerung sträubte sich offenbar das Rechtsgefühl zu gewaltig, denn nirgends finden wir den unvermeidlichen Schluss gezogen. Und da man doch den Anstifter nicht mehr als Urheber des Erfolges betrachten konnte, so half man sich dadurch, dass man ihn als Teilnehmer an der That des angestifteten Thäters erklärte[4]).

---

[1]) Ueber den Gegensatz zwischen Determinismus und Indeterminismus Liepmann, die ethischen Grundlagen des Schuldbegriffes, Zeitschrift XIV. S. 452 ff. Vgl. v. Liszt S. 189 a. E 190, 105 a. E. Berner Imp. L. S. 17 ff. Teilnahme S. 272 ff. die reiche philosophische Litteratur bei v. Liszt S. 60. f. Anm. 5. Als Gegner der Kausalität der Anstiftung vgl. z. B. Köstlin, System S. 300. 312 a. E. Gessler, Dolus S. 240. Anm. 3. Abs. 2. Luden, Abhandlungen II. S. 348. f. v. Buri G. S. 1870. S. 90. Ortmann G. S. 1876. S. 82. Dagegen wieder Geyer H. H. II 339. Hälschner I. 399. Kohler, Studien S. 107 ff.

[2]) z. B. Luden, Handbuch § 38. vgl. Abhandlungen II. 349. auch Krug, Abhandlungen III. S. 63 ff. IV. S. 86 ff.

[3]) System S. 300.

[4]) Köstlin (System S. 312 ff. und Gessler a. a. O. wollen die Behandlung des Anstifters als intellektuellen Urhebers solange festhalten, wie der Angestiftete thatsächlich seinen „selbstbestimmten" Entschluss in Uebereinstimmung mit dem

Der Thäter hat mit seinem freien Willen den Entschluss gefasst, den vom Anstifter geäusserten Plan sich anzueignen und zum seinigen zu machen. Durch diesen freien Entschluss ist zwar der Kausalzusammenhang zwischen der Anstiftung und der nunmehr folgenden That des Angestifteten unterbrochen, aber die Anstiftung erscheint als accessorische Teilnahme an jener That.

Schon Berner, der doch in der Frage der Willensfreiheit noch einen vermittelnden Standpunkt einnimmt[1]), nähert sich diesem Ergebnisse, wenn er[2]) sagt: „Da die intellectuelle Urheberschaft nicht Urheberschaft ist ohne die physische, wie die Ursache nicht Ursache ist ohne die Wirkung, so ist eigentlich die physische Urheberschaft das bestimmende der intellectuellen, wie eigentlich die Wirkung das bestimmende der Ursache ist.“ „Nach der physischen Urheberschaft muss die intellectuelle beurteilt werden, die erst durch jene gesetzt wird, obwohl sie anfangs dieselbe zu setzen schien. Wie die Wirkung das Mass der Ursache, so ist die physische Urheberschaft das Mass der intellectuellen. Das Abhängigkeitsverhältniss zwischen dem physischen und dem intellectuellen Urheber dreht sich auf diesem seinem Angelpunkte vollständig um.“

Und noch viel schärfer kommt die Auffassung der Anstiftung als Teilnahme bei einem so radikalen Vertreter des Indeterminismus, wie Luden, zum Ausdrucke. Er nennt den Anstifter „intellectuellen Teilnehmer“ und führt sodann aus[3]): „Von dem intellectuellen Teilnehmer kann niemals gesagt werden, dass in seiner Thätigkeit der Grund der objectiven Existenz des Verbrechens liege. Dieser Grund liegt vielmehr nur in den Handlungen, welche unmittelbar zur Ausübung desselben gehören. Vielleicht wären jene Handlungen ohne diese Teilnahmen garnicht begangen und folglich das Verbrechen nicht zur Existenz gebracht worden, allein dadurch wird nicht aufgehoben, dass in ihnen der alleinige Grund seiner objectiven Existenz liegt. Denn es würde eben alsdann nur gesagt sein, dass ohne die Teilnahme der alleinige Grund nicht vorhanden gewesen wäre,

Willen des Anstifters ausführt. Aber wie kann jemand noch als „Urheber“ eines Erfolges bezeichnet werden, wenn seine Thätigkeit für diesen Erfolg garnicht kausal gewesen sein soll?

[1]) Imputationslehre S. 17 ff. Teilnahme S. 272—274.

[2]) Teilnahme S. 310. vgl. S. 294.

[3]) Luden, Abhandlungen II. S. 307 f.

keineswegs aber, dass ohne sie die Handlungen der eigentlichen Thäter nicht zu dem Verbrechen geführt haben würden. Wenn aber die Handlungen, welche zur unmittelbaren Ausführung des Verbrechens gehören, auch unter der Voraussetzung, dass sie ohne die rein intellectuelle Teilnahme garnicht begangen worden sein würden, nicht aufhören, der alleinige Grund der objectiven Existenz des Verbrechens zu sein, so folgt daraus von selbst, dass in der rein intellectuellen Teilnahme auch nicht einmal ein mitwirkender Grund für diese objective Existenz anerkannt werden kann"[1]).

Während also nach der zuerst besprochenen Ansicht der Anstiftung eine prinzipale Bedeutung zukam, während dort **zwei** Formen prinzipaler Beteiligung am Verbrechen: die physische Urheberschaft (=Thäterschaft) und die intellectuelle Urheberschaft (=Anstiftung), nur **einer** Form accessorischer Teilnahme, nämlich der Beihilfe, gegenübergestellt wurden, hat sich das Verhältnis nach der zuletzt ausgeführten Ansicht gerade umgekehrt: hier giebt es nur **eine** Form prinzipaler Beteiligung am Verbrechen: die Thäterschaft, und dieser treten **zwei** Formen accessorischer Beteiligung gegenüber: die intellectuelle Teilnahme (=Anstiftung) und die physische Teilnahme (=Beihilfe). Die Anstiftung hat ihren Platz gewechselt[2]).

Eine nähere wissenschaftliche Untersuchung der bisher dargelegten Streitfrage über das Wesen der Anstiftung, welche uns zur Anerkennung der Kausalität der Anstiftung für den Erfolg und somit zur Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft führen würde, ist hier nicht geboten.

Vielmehr erhebt sich für uns jetzt die Frage, welchen Standpunkt das deutsche Strafgesetzbuch in der Frage nach dem Wesen

---

[1]) Ebenso Hälschner, System d. Preuss. Rechts S. 321.

[2]) Unter den neueren Schriftstellern wird die Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme wissenschaftlich verteidigt von Schütze, Notwendige Teilnahme S. 243—254. Lehrbuch S. 151, ff. H. Meyer, Lehrb. S. 288. Zu demselben Ergebnisse kommt Birkmeyer auf Grund seines Ursachenbegriffes, nach welchem nur die „wirksamste Bedingung" Ursache des Erfolges ist. Diese „Ursache" setzt nach ihm allein der Thäter, dagegen der Anstifter und Gehilfe setzen nur Bedingungen, und ihre Strafbarkeit ist daher abhängig vor dem Vorhandensein einer Thäterhandlung. Vgl. darüber ausführlicher u. § 9.

der Anstiftung einnimmt; denn nur die Vorschrift des Gesetzes kann die feste Grundlage bilden, von welcher unsere Untersuchung des Vorsatzes des Anstifters auszugehen hat.

§ 3.

Das Reichsstrafgesetzbuch behandelt die Anstiftung im § 48. Hier heisst es: „Als Anstifter wird bestraft, wer einen andern zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke u. s. w. oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat. Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetz festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat."

Mit diesem Wortlaut hat das Strafgesetzbuch für diejenige Ansicht Partei ergriffen, welche die Anstiftung als accessorische Teilnahme aufgefasst wissen will, und daher erscheint, so sehr man dies auch bedauern mag, die Anstiftung vom geltenden Rechte aus als unselbständig, und ihre Strafbarkeit abhängig von dem Vorhandensein einer strafbaren Handlung auf Seiten des Thäters.

Dies wird durch die Geschichte des § 48 bestätigt. Derselbe geht zurück auf die §§ 34, Abs. 1 und 35 des Preussischen Strafgesetzbuchs von 1851, deren Bestimmungen er mit unwesentlichen Aenderungen wiedergiebt. Dass aber die Gesetzgeber des Preussischen Strafgesetzbuchs von der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme ausgingen, wird von Hälschner in seinem Systeme des Preussischen Strafrechts, als augenscheinlich hingestellt[1]. Hälschner weist mit Recht darauf hin, dass das Gesetz den Anstifter niemals als Urheber oder Thäter, sondern nur als Teilnehmer bezeichnet, dadurch also die accessorische Natur der Anstiftung gegenüber der Thäterschaft geflissentlich hervorgehoben hat.

Der gleichen Auffassung haben auch die Gesetzgeber des deutschen Strafgesetzbuchs gehuldigt, als sie dem § 48 seine jetzige Fassung gaben. Ihnen erschien die im Preussischen Strafgesetzbuche gegebene Charakterisierung des Anstifters als desjenigen „der den Thäter zur Begehung des Verbrechens bestimmt hat," noch nicht scharf genug, um klarzustellen, dass eben lediglich der Thäter das Ver-

[1]) S. 319 a. E. 320.

brechen begeht, und die Strafbarkeit des Anstifters abhängig ist von der Strafbarkeit des Thäters. Daher schalteten sie noch die Worte: „zu der von demselben begangenen Handlung" ein, um wie die Motive[1]) ausdrücklich hervorheben, dadurch „der Annahme einer strafbaren erfolglosen Anstiftung entgegenzutreten."

Hierin liegt die konsequente Durchführung des Prinzips der Unselbständigkeit der Anstiftung. Ist bei Vorhandensein einer Thäterhandlung die Strafbarkeit der Anstiftung lediglich abhängig von der Strafbarkeit jener, so darf der Anstifter im Falle, dass es überhaupt nicht zu einer strafbaren Thäterhandlung gekommen ist, nicht selbständig auf Grund seiner erfolglosen Anstiftungsthätigkeit gestraft werden können.

Indem der Gesetzgeber diesem Grundsatze im Gesetze noch besonders scharfen Ausdruck verlieh, hat er seine Auffassung der Anstiftung aufs klarste gekennzeichnet.

Demgegenüber könnte nun freilich eingewendet werden: Weder die Ansichten des Gesetzgebers noch die Motive haben irgend welche bindende Kraft: Ist es nicht nur natürlich, dass im Laufe der Zeit die Anschauungen, von denen der Gesetzgeber ausging, überwunden werden, um anderen Anschauungen Platz zu machen? Und haben nicht dennoch die Gesetze ihre Verfasser oft um Jahrhunderte überdauert, ja auf Verhältnisse Anwendung gefunden, von denen der Gesetzgeber zu seiner Zeit schlechterdings keine Ahnung haben konnte? Wohin würde es führen, wenn die Anschauungen des Gesetzgebers für alle Zeit massgebend blieben? In unserem Falle z. B. stand der Gesetzgeber, der die Anstiftung als accessorische Teilnahmehandlung betrachtete, offenbar auf indeterministischem Standpunkte. Soll deshalb der deutsche Richter gezwungen sein, bei allen seinen Entscheidungen vom Standpunkte des Indeterminismus auszugehen?

Diese Einwürfe sind an und für sich vollkommen unanfechtbar. Es ist richtig, dass die Gesetze oft auf Rechtsverhältnisse ausgedehnt worden sind, die noch völlig ausserhalb des Gesichtskreises des Gesetzgebers lagen, es ist unzweifelhaft, dass die in den Motiven dargelegten Ansichten des Gesetzgebers niemals eine gesetzmässige Geltung beanspruchen können. Vielmehr ist der Richter, wenn er

---

[1]) Motive zum dritten Entwurfe § 46, Abs. 2.

die vom Gesetzgeber vertretenen Anschauungen als unrichtig oder unbrauchbar erkannt hat, keineswegs mehr an sie gebunden, er entscheidet nach freier Ueberzeugung. Aber eines muss er dabei im Auge behalten: Seine Entscheidungen müssen stets im Einklange mit den Vorschriften des Gesetzes stehen. Das Gesetz bildet für ihn die feste, unabweichbare Richtschnur.

Es steht ihm vollkommen frei, Anhänger des Determinismus oder Indeterminismus zu sein, und leicht können auf Grund dessen zwei Richter im gleichen Falle zu abweichenden Erkenntnissen gelangen. Aber wenn die Bestimmungen des Gesetzes so geartet sind, dass sie sich nur mit einem Standpunkte vereinigen lassen, dann ist er gezwungen, nach dem Gesetze zu urteilen, mag er dessen Vorschriften auch für unrichtig halten.

Auf Grund dieser Erwägung ist es u. E. nicht möglich, den Anstifter nach geltendem Rechte als Urheber zu betrachten und demgemäss zu bestrafen, er muss nach dem Wortlaute des § 48 St. G. B. als unselbständiger Teilnehmer behandelt werden. So wird denn auch in der heutigen Litteratur, insbesondere auch von denjenigen Schriftstellern, welche de lege ferenda die Auffassung als Urheberschaft vertreten, mit einer einzigen Ausnahme die accessorische Teilnahmenatur der Anstiftung ganz allgemein für das geltende Recht anerkannt[1].

Die einzige Ausnahme bildet Kohler[2], der die Behauptung aufstellt, dass die Anstiftung auch der lex lata gegenüber als selbstständige intellectuelle Urheberschaft neben der physischen Urheberschaft des Thäters anzusehen sei. Er will daher z. B. auch nach heutigem Rechte den Anstifter zum Selbstmorde selbständig als Thäter des Mordes (bezw. der Tötung eines Einwilligenden) bestrafen[3].

---

1) Vgl. v. Wächter Vorlesungen S. 255—256, g. E. Schütze, notwendige Teilnahme, S. 247 g. E. 256. Lehrbuch S. 153. Geyer H. H. II. 336 f. 338. Grundriss 136 f. Berner S. 159. 161. Hälschner I. S. 393. v. Liszt S. 197, Ziff. 4. Merkel, S. 146. H. Meyer, S. 238. Binding, Grundriss S. 118, I. 115a. v. Kries, Zeitschrift VII, 521, Abs. 1. Olshausen § 48, Ziff. 1. Birkmeyer, Teilnahme S. 149 u. v. a. vgl. bei Birkmeyer auch weitere Litteratur.

2) Studien S. 106 ff.

3) So auch Binding Handbuch S. 700 f., obgleich dieser die Teilnahmenatur der Anstiftung anerkennt (vgl. o. Note 1).

Indessen die Gründe, mit denen er diese Behauptung gegenüber dem § 48 des Strafgesetzbuchs beweisen will, können nicht als durchschlagend angesehen werden.

Es mag Kohler zugegeben werden, dass der Behandlung der Anstiftung unter dem Titel „Teilnahme" im Strafgesetzbuche eine entscheidende Bedeutung nicht zugemessen werden kann[1]). Das Strafgesetzbuch gebraucht den Ausdruck „Teilnahme" nicht in dem prägnanten Sinne, dass darunter nur accessorische, unselbständige Teilnahme verstanden werden müsste, und es ist, wie Kohler mit Recht hervorhebt, auch nicht seine Absicht gewesen, die Nomenklatur mit wissenschaftlicher Genauigkeit zu behandeln. Wollte man das Gegenteil annehmen und die Ueberschrift „Teilnahme" im Gesetze im Sinne von „accessorischer Teilnahme" verstehen, so käme man zu der bedenklichen Folgerung, im Falle der Mitthäterschaft, wenn auf Seiten eines der beiden Mitthäter aus irgend einem Grunde, eine strafbare Handlung nicht vorliegt, auch den anderen Mitthäter straflos ausgehen lassen zu müssen[2]). —

Der wichtigste Beweisgrund für die accessorische Teilnehmernatur der Anstiftung ist aber natürlich der Wortlaut des § 48 St. G. B. Hier heisst es im Absatz 1, dass der Anstifter „einen andern" zu der „von demselben" begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt haben müsse, und Absatz 2 macht die Strafe des Anstifters abhängig von demjenigen Strafgesetze, welches auf die That des Angestifteten Anwendung findet.

Demgegenüber meint Kohler[3]), die Ausdrucksform des Absatz 1 wolle nichts weiter besagen, „als dass eben ein selbstverantwortlicher und darum strafbarer Thäter vorhanden sein muss, welcher sich die That als seine That anrechnen muss. Dass aber darum die That nicht auch zugleich als die That des Anstifters vorausgesetzt wird[4]), welcher durch Erregung von Motiven die That kausiert hat, ist in keiner Weise aus den Worten des Gesetzes zu entnehmen."

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 106.

[2]) So in der That Birkmeyer Teilnahme S. 148, v. Buri Kausalität 1885, S. 43. 47.

[3]) a. a. O., S. 111.

[4]) Dieser Vordersatz ist nach dem Sinne ergänzt. In dem uns zur Verfügung stehenden Exemplare heisst es, zweifellos in folge Druckfehlers: dass aber darum die That nicht auch zugleich die That vorausgesetzt wird, welcher durch Erregung u. s. w.

Dieser Auslegung muss entschieden widersprochen werden.

Die Wortfassung des § 48 Abs. 1, wo der Thäter als der „Andere“ so deutlich von dem Anstifter unterschieden und die That ausdrücklich als die von diesen „anderen“ begangene bezeichnet wird, kann unmöglich so ausgelegt werden, wie es Kohler thut. Das Gesetz widerspricht mit diesen Worten der Auffassung Kohlers in der denkbar offensten Weise, es lässt einer gegenteiligen Ansicht absolut keinen Raum.

Zu § 48, Abs. 2 bemerkt Kohler: „Damit ist nicht gesagt: der Anstifter soll gestraft werden, wie der konkrete Thäter, sondern: er soll gestraft werden, wie einer, welcher die betreffende Handlung realiter begeht[1]).

Diese Auffassung liest aus dem Gesetze etwas heraus, was unmöglich aus demselben herausgelesen werden kann, es ist einfach undenkbar, die Worte des Absatz 2 in diesem Sinne zu verstehen. Kohler beruft sich im folgenden darauf, dass die Strafe des Anstifters nicht aus der Schuld des Angestifteten heraus abgeleitet werde, sondern aus der Handlung, welche auf den Anstifter als den Erreger derselben zurückzuführen sei. Aber das ist gerade soweit unrichtig, als das Gesetz nicht sagt:

„aus der Handlung, welche auf den Anstifter als den Erreger derselben zurückzuführen ist“

sondern:

„aus der Handlung, zu welcher er wissentlich angestiftet hat“, d. h. nach Absatz 1: welche infolge der Anstiftung von einem anderen als Thäter begangen worden ist. —

Keineswegs durchschlagend ist die Berufung Kohlers auf den § 50 St. G. B.[2]), dessen Bestimmungen mit seiner Auffassung übereinstimmten und sonach bewiesen, dass das Gesetz den richtigen Standpunkt einnähme.

Gerade das Vorhandensein des § 50 ist ein Beweis gegen Kohlers Auffassung, denn wenn das Gesetz von den Kohler'schen Grundsätzen wirklich ausginge, so wäre ja § 50 garnicht notwendig, die darin ausgesprochenen Bestimmungen ergäben sich ja unmittelbar aus der prinzipiellen Auffassung der Anstiftung, und es erschiene

---

1) a. a. O. S. 111.

2) a. a. O. S. 111, Absatz.

höchst überflüssig, einen solchen Paragraphen in das Gesetz einzufügen. Vielmehr zeigt gerade durch die Aufnahme des § 50 der Gesetzgeber, dass er die hier ausgesprochenen Bestimmungen nicht aus seiner Grundauffassung der Anstiftung ableitet, sondern dass er sie als eine Ausnahme, als eine Durchbrechung der sonst geltenden Prinzipien betrachtet, zu welcher ihn Zweckmässigkeitsgründe bewogen. —

Wenn Kohler[1]) endlich die allgemeine Behauptung aufstellt, die Auffassung der Anstiftung als Teilnahme widerspräche der Kulturidee, von welcher das moderne Strafrecht getragen sei, indem dieses die kriminelle Verantwortung für die Schuld lediglich dem Schuldigen aufbürde, so muss ihm auch hierin widersprochen werden.

Allerdings ist es die Kulturidee des modernen Strafrechts, nur den Schuldigen zur Verantwortung zu ziehen, es lässt nicht mehr ganze Familien, Geschlechter, Staaten die kriminelle Verantwortung für die Schuld einzelner Personen übernehmen, nicht mehr den Gastgeber für den Gast strafrechtlich haften u. s. f., aber die Anstiftung ist diesen Fällen garnicht gleichzustellen. Denn in diesen Fällen mussten völlig Unschuldige haften, der Anstifter dagegen ist keineswegs als unschuldig zu erklären. Er ist zwar (nach dem Strafgesetzbuch) nicht Thäter, hat also keine Thäterschuld, aber er hat als Teilnehmer das Verbrechen mit verschuldet, er hat selbständige Teilnehmerschuld. Diese Schuld besteht darin, dass er in dem Thäter den verbrecherischen Entschluss hervorgerufen hat, und sie tritt selbständig neben die Schuld des Thäters, ihretwegen muss der Anstifter haften. Er wird also keineswegs für die Schuld eines anderen verantwortlich gemacht, sondern nur für seine eigene Anstifterschuld, und folglich gebietet es gerade die Kulturidee des modernen Strafrechts, ihn dafür zur Verantwortung zu ziehen.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die Gründe, welche Kohler für die Selbständigkeit der Anstiftung nach unserem Strafgesetzbuche anführt, nicht als stichhaltig anerkannt werden können. Der Gesetzgeber hat persönlich für die Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme Partei ergriffen, und er hat dieser Auffassung auch im Gesetze scharfen Ausdruck gegeben.

---

[1]) a. a. O. S. 106 a. E. 107.

Die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft ist für das geltende Recht nicht zu retten.

Dies ist der Standpunkt, von dem wir ausgehen müssen, um nunmehr die Kernfrage unserer Abhandlung, die Frage nach dem Vorsatze des Anstifters zu beantworten.

§ 4.

Ueber die Natur des Vorsatzes bestehen bekanntlich in der Wissenschaft zwei einander widersprechende Ansichten, die Vorstellungstheorie und die Willenstheorie.

Nach der Vorstellungstheorie bedeutet Vorsatz die Vorstellung von der verursachenden Bedeutung der Willensbethätigung für den Erfolg; nach der Willenstheorie bedeutet er das Wollen der Handlung mit Einschluss des Erfolges[1]).

Es ist indessen hier nicht unsere Aufgabe, in eine wissenschaftliche Untersuchung einzutreten, welche dieser beiden Theorien die richtige sei. Denn die von uns zu behandelnden Streitfragen über den Vorsatz des Anstifters stehen mit der Streitfrage, ob Vorstellungstheorie oder Willenstheorie, in keinem Zusammenhange. Mit Rücksicht auf den Anstiftervorsatz stehen einerseits die Anhänger der gleichen Vorsatztheorie mit einander im Widerspruche, und gehen andererseits nicht selten prinzipielle Anhänger verschiedener Vorsatztheorien zusammen. Wir können daher Vorstellungstheorie und Willenstheorie neben einander berücksichtigen[2]).

Worauf geht nun der Vorsatz des Anstifters im heutigen Rechte?

Nach der Vorstellungstheorie umfasst der Begriff des Vorsatzes drei Elemente:

1. Die Vorstellung der Willensbethätigung, d. h. der Handlung selbst, soweit diese unter den Begriff eines bestimmten Verbrechens fällt.

---

[1]) Vgl. die Litteratur bei v. Liszt S. 143. Anm. 2. Dazu noch besonders v. Buri, Vorstellung und Wille, in seinen Beiträgen, S. 344—65. — Auf die abweichende Ansicht Bindings, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für ein Begriffsmerkmal des Vorsatzes erklärt, ja den Vorsatz geradezu als den bewusst rechtswidrigen Willen bestimmt, kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. darüber Binding, Normen II 403, dagegen v. Liszt S. 151

[2]) Dass der Gegensatz zwischen Vorstellungstheorie und Willenstheorie praktisch eine verhältnissmässig nicht allzu grosse Bedeutung hat, hebt v. Liszt a. a. O. hervor. Ebenso v. Buri, Beiträge S. 344.

2. Die Voraussicht des Erfolges, soweit dieser zu dem Begriffe des Verbrechens erforderlich ist.
3. Die Vorstellung, dass der Erfolg Wirkung der Willensbethätigung sein werde, also die Vorstellung von der Kausalität selbst[1]).

Die Begriffsmerkmale des Vorsatzes nach der Willenstheorie sind:

1. Das Wollen der verbrecherischen Handlung (entsprechend dem ersten Merkmale der Vorstellungstheorie).
2. Das Wollen des Erfolges, entsprechend dem zweiten und dritten Merkmale der Vorstellungstheorie. Da, wie v. Buri[2]) sagt: „Das Handeln überhaupt nur erfolgt, weil das in der Vorstellung fixirte Bild in seinem vollen Umfange in die Wirklichkeit übertragen werden soll". —

In Betreff des ersten Begriffsmerkmales besteht kein Streit.

Der Anstifter muss selbstverständlich die Vorstellung seiner anstiftenden Thätigkeit haben, sich dieser Thätigkeit bewusst sein (Vorstellungstheorie), bezw. er muss die anstiftende Thätigkeit willentlich ausgeführt haben (Willenstheorie), sonst kann von vorsätzlicher Anstiftung keine Rede sein.

Erst das zweite Begriffsmerkmal enthält die Schwierigkeit, welche die Widersprüche in der Begriffsstimmung des Anstiftervorsatzes hervorgerufen hat. Und zwar besteht Streit darüber, was als Erfolg der Anstiftung anzusehen sei[3]).

Die einen betrachten als Erfolg der Anstiftung die That des Angestifteten, sie verlangen daher, dass der Vorsatz des Anstifters diese That mit umfassen müsse; die anderen erklären als Erfolg der Anstiftung lediglich die Bestimmung des Angestifteten zu der That, und halten daher nur die Vorstellung bezw. das Wollen dieses Erfolges für einen wesentlichen Bestandteil des Anstiftervorsatzes.

---

[1]) So v. Liszt S. 143.

[2]) Beiträge S. 344.

[3]) Der Streit bezieht sich also nicht auf ein allgemeines Begriffsmerkmal des Vorsatzes, sondern lediglich auf den Umfang des besonderen Anstiftervorsatzes. Eben daraus erklärt sich, dass die an den allgemeinen Vorsatzbegriff anknüpfende Kontroverse zwischen der Vorstellungs- und Willenstheorie für uns nicht von Bedeutung ist.

Massgebend für die Entscheidung dieses Gegensatzes ist der Wortlaut des Gesetzes; denn „an die Begriffsbestimmungen des Strafgesetzbuchs haben wir uns zu wenden, um denjenigen Erfolg herauszufinden, der für uns in Betracht kommt, weil an seinen Eintritt der Gesetzgeber die Strafdrohung geknüpft hat“ [1]).

Nach § 48 St.-G.-B. ist Anstifter derjenige, welcher einen andern zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Anstiftung ist also die vorsätzliche Bestimmung eines andern zum Verbrechen, d. h. die Thätigkeit durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluss, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werden soll. *Folglich stellt einzig und allein die Hervorrufung* [2]) *dieses verbrecherischen Entschlusses in dem Angestifteten den Erfolg der Anstiftung dar* [3]).

Es liegt hierin die folgerichtige Durchführung der vom Strafgesetzbuche vertretenen Auffassung, wonach der Anstifter nur als accessorischer Teilnehmer angesehen wird. Hiernach ist die That selbst allein von dem Thäter, der sie physisch ausgeführt hat, begangen, sie kann niemals als die That des Anstifters erscheinen, denn dieser hat eine durchaus unselbständige Stellung.

Ganz anders stände es, wenn man den Anstifter als Urheber der That betrachten dürfte, wenn der Anstifter vom Strafgesetzbuche als intellektueller Urheber neben dem physischen Urheber behandelt würde. Dann würde die That nicht bloss des Thäters, sondern auch des Anstifters sein. Denn dann ist [4]) der Angestiftete für den Anstifter das Werkzeug zur Durchführung der beabsichtigten That [5]). Die Thätigkeit des Anstifters wirkt in dem Denken und Handeln des Angestifteten fort, und so lange der Angestiftete unter diesem Einflusse handelt, erscheint seine That gleichzeitig als die des

---

[1]) v. *Liszt* S. 100.

[2]) Die Sprache gebraucht das Wort Hervorrufung leider sowohl als Substantivirung des Infinitivs Präsentis, als des Infinitivs Perfekti. Wir verstehen, wenn von Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg der Anstiftung die Rede ist, das Wort Hervorrufung stets im Sinne von „hervorgerufen haben“ bezw.: „hervorgerufen sein“, nicht „hervorrufen“ bezw.: „hervorgerufen werden“.

[3]) v. *Liszt* S. 113. III. 1.

[4]) Vgl. o. S. 4. 5.

[5]) Vgl. *Kohler* Studien S. 108, 114.

Anstifters, der sich seiner als Mittel für die thatsächliche Ausführung bedient.

„Nicht nur der unmittelbare Thäter allein begeht das Verbrechen, sondern auch der mittelbare (der Anstifter). Also muss dieser so beurteilt werden, wie er zu beurteilen wäre, wenn er selbst als unmittelbarer Thäter dasselbe Verbrechen begangen hätte“[1]. „Es ist der Anstifter so zu betrachten, als ob er eine Person mit dem Angestifteten wäre“[2]. Und wenn Anstifter und Thäter so als gleichmässige Urheber des Erfolges der Hauptthat neben einander stehen, so besitzt natürlich der Anstifter ebenso gut wie der Thäter den auf Herbeiführung dieses Erfolges gerichteten Vorsatz, der Anstiftervorsatz umfasst den Erfolg der That des Angestifteten. — —

Wie einleuchtend und zugleich elegant ist diese Beweisführung! Wie spricht sie für die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft gegen die Auffassung des Strafgesetzbuchs! Kann es uns Wunder nehmen, dass trotz der fast völligen Einhelligkeit, mit der die unselbständige Theilnahmenatur der Anstiftung de lege lata anerkannt ist[3], in die Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes von zahlreichen Schriftstellern immer wieder der Erfolg der Hauptthat hineingezogen wird?

Aber das Gesetz, dass für uns das allein Massgebende sein darf, steht dem schroff entgegen. Nach ihm ist mit der Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Angestifteten die Thätigkeit des Anstifters abgeschlossen, die Anstiftung vollendet. Wenn der Angestiftete auf Grund der Anstiftung das Verbrechen begeht, so erscheint er allein als Thäter dieses Verbrechens, und keinesfalls kann dasselbe dem Anstifter als ein in irgend welcher Form selbstbegangenes Verbrechen zugeschrieben werden. Die Thätigkeit des Anstifters ist eine rein accessorische, sie ist regelmässig abgeschlossen, ehe der Thäter zu handeln beginnt.[4].

Dass die Anstiftung erst dann strafrechtlich relevant wird, wenn auch auf Seiten des Thäters eine strafbare Handlung vor-

[1]) Geyer Erörterungen S. 120.

[2]) Köstlin, Revision S. 553.

[3]) Vgl. o. S. 12. Anm. 1.

[4]) Vgl. v. Schwärze S. 134, Ziff. 9.

liegt, kann auf den Zeitpunkt ihrer Vollendung keinen Einfluss haben[1]).

Stellt sich sonach als Erfolg der Anstiftung lediglich die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses im Thäter dar, so braucht auch der Vorsatz des Anstifters nur diese Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen. Es ist das eine charakteristische, notwendige Folge der unselbständigen Natur der Anstiftung, dass der Vorsatz des Anstifters sich nicht auf den Erfolg derjenigen That erstreckt, von der andererseits, wiederum wegen jener unselbstständigen Natur, die Bestrafung des Anstifters abhängig ist. —

Nach der Vorstellungstheorie besteht somit der Vorsatz des Anstifters in der Vorstellung von der verursachenden Bedeutung seiner Thätigkeit für die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Anzustiftenden.

Er umfasst folgende drei Begriffsmerkmale:

1. Die Vorstellung der anstiftenden Thätigkeit selbst.
2. Die Voraussicht der Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Anzustiftenden.
3. Die Vorstellung, dass die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Anzustiftenden Wirkung der anstiftenden Thätigkeit sein werde.

Nach der Willenstheorie besteht der Vorsatz des Anstifters in dem Wollen der auf Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem Anzustiftenden gerichteten Thätigkeit.

---

[1]) Vgl. v. Liszt S. 113 III. 1. H. Meyer S. 231, Ziff. 10. Birkmeyer Teilnahme S. 171. — — Die bei Birkmeyer Anm. 333, besprochene Controverse bezieht sich nicht auf die „Vollendung", sondern lediglich auf die „Begehung" der Anstiftung (vgl. H. Meyer a. a. O. Anm. S. 54—58). Diese beiden Begriffe sind zu trennen. „Vollendung" bedeutet den Abschluss der verbrecherischen Thätigkeit lediglich mit Rücksicht auf den Eintritt des Erfolges; „Begehung" dagegen die Vornahme der verbrecherischen Thätigkeit lediglich mit Rücksicht auf die strafrechtliche Relevanz (Birkmeyer a. a. O. S. 172 Abs. 1 g. E.) Da nun bei der Anstiftung wegen ihrer unselbständigen Natur die strafrechtliche Relevanz abhängig ist von dem Vorhandensein einer strafbaren Thäterhandlung so besteht Streit über den Zeitpunkt ihrer „Begehung", keineswegs aber über den ihrer „Vollendung". Letzterer ist natürlich mit dem Eintritte ihres Erfolges gegeben. Daher stellt auch Birkmeyer (a. a. O. S. 171.) die Teilnahme „als strafbare Handlung" der Teilnahme „als Handlung an sich" gegenüber. Vgl. Berner, Teilnahme S. 254, Abs. 3 a. E.

Seine Elemente sind also:

1. Das Wollen der eigenen (anstiftenden) Thätigkeit.
2. Das Wollen der Hervorrufung[1]) des verbrecherischen Entschlusses im Anzustiftenden[2]).

Dagegen ist das Wollen bezw. die Vorstellung der That des Angestifteten kein Begriffsmerkmal des Anstiftervorsatzes, und die Ansichten derjenigen Schriftsteller, welche, beeinflusst durch die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft[3]), jenes Begriffsmerkmal in ihre Definition des Anstiftervorsatzes aufgenommen haben, können nicht als richtig angesehen werden.

Dies ist im folgenden näher zu erörtern[4]).

§ 5.

Eine besondere Stellung nimmt hier in erster Linie Kohler ein, insofern er wie wir oben gesehen haben, als einziger die accessorische Natur der Anstiftung in unserem Strafgesetzbuche nicht anerkennt. Es ist nur natürlich, dass er auch bezüglich der Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes zu anderen Ergebnissen kommt: „Wenn die Seele des Angestifteten es unterlässt, so sagt er[5]), den vom Anstifter gegebenen Anstoss abzulehnen, so unterlässt sie es, die Kausalkette zu unterbrechen, und die Verbindung zwischen der erregenden Thätigkeit des Anstifters und der durch die Erregung bewirkten Willensaktion des Thäters ist damit vollzogen. Ist aber dies der Fall, so ist schon nach dem Prinzipe der individuellen Verantwortung die Haftung des Anstifters gegeben, sofern er durch

---

1) Vgl. o. S. 17. Anm. 3. S. 18. Anm. 1.

2) Uebereinstimmend die gemeine Meinung. Vgl. Olshausen, § 48 Ziff. 14. Schütze Lehrb. S. 152 f. f. Meyer, 5. Aufl. S. 240, Ziff. 2. v. Schwarze, S. 180, Ziff. 1. Oppenhoff § 48 Ziff. 1. 20. Löning S. 96. Ziff. 3, der offenbar im Anschlusse an die Binding'sche Vorsatztheorie auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt. R.-G.-Entsch. IV. 254 XV. 315 ff.

3) Vgl. die Ausführung o. S. 18 f.

4) Wir beschränken uns natürlich auf diejenigen Schriften, welche den Vorsatz des Anstifters auf Grund des § 48 St. G. B. definieren wollen, die rein dogmatischen Abhandlungen, insbesondere aus früherer Zeit, müssen schon deswegen ausser Betracht bleiben, weil uns die dogmatische Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes zu einem anderen Ergebnisse führen würde, als wir auf Grund der lex lata gewinnen.

5) Studien S. 110.

den Angestifteten als sein willensbegabtes Hilfsmittel die That vollbracht hat. Der Anstifter haftet jetzt nicht für die fremde That, sondern er hat seine eigene Verantwortung für seine eigene That, welche er durch das fremde Medium vollzogen hat". „Bei der Anstiftung haben wir daher zwei Thäter, den Anstifter als den intellectuellen Thäter und den „Thäter" als intellectuellen und faktischen Thäter zugleich[1])". „Man hat mit Unrecht den Anstifterwillen von dem Thäterwillen unterscheiden wollen. Der Anstifter will die That, er will sie eben nur durch das Medium des faktischen Thäters[2])".

Aus diesen beiden letzten Sätzen ergiebt sich, wie Kohler den Vorsatz des Anstifters bestimmt[3]). Er ist ein Vertreter der Willenstheorie, und wenn er daher sagte, der Anstifterwille und der Thäterwille seien der gleiche, so muss er auch den Vorsatz des Anstifters dem des Thäters gleich setzen. Der Vorsatz des Anstifters umfasst nach Kohler so gut wie der des Thäters den Erfolg der Hauptthat.

Es ist zugegeben, dass hierin die folgerichtige Durchführung, der Auffassung der Anstiftung als intellectueller Urheberschaft liegt wie sie Kohler vertritt. Wäre es Kohler gelungen, die Haltbarkeit dieser Auffassung gegenüber dem Strafgesetzbuche zu beweisen, so könnte gegen seine Bestimmung des Anstiftersvorsatzes nichts eingewandt werden. Allein wir haben oben[4]) ausführlich dargethan, dass jener Beweis Kohler nicht gelungen ist, daher kann auch seine Bestimmung des Anstiftervorsatzes nach dem geltenden Rechte nicht als richtig anerkannt werden.

§ 6.

Wir wenden uns nunmehr einer Gruppe von Schriftstellern zu, deren Ausführungen mit denen Kohlers zahlreiche Berührungspunkte aufweisen.

Diese Schriftsteller sind v. Wächter, Berner, Hälschner und Binding; ganz neuerdings schliesst sich ihnen auch Haupt an[5]).

[1]) a. a. O. S. 114.

[2]) a. a. O. S. 129.

[3]) Eine präcise Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes giebt Kohler nirgends.

[4]) Vgl. o. S. 12. ff.

[5]) v. Wächter, Vorlesungen S. 255 f. Berner Lehrbuch S. 159 ff. Hälschner I. S. 393 ff. G. S. 1873. S. 90 ff. Binding, Grundriss S. 113 ff. Haupt, Beiträge zur Lehre von der Teilnahme Z. XV. S. 202 ff. 569 ff.

Sie nehmen gemeinsam einen höchst merkwürdigen Standpunkt ein. Denn während Kohler seine Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft konsequent nach jeder Richtung auch dem Gesetze gegenüber durchführte, gestehen jene Schriftsteller zu, dass der Anstiftung nach geltendem Rechte accessorische Natur zukomme, aber dennoch verteidigen sie die Auffassung derselben als Urheberschaft auch für das geltende Recht.

So bezeichnet Hälschner[1]) die Anstiftung ausdrücklich als „einen Akt der Teilnahme an der von einem andern verübten strafbaren Handlung" erklärt dann aber im folgenden[2]): „Ist die Thätigkeit des Anstifters eine anders geartete, als die des angestifteten Thäters, ist die des letzteren vielleicht eine umfangreichere, als die des Anstifters, so sind dies unwesentliche Unterschiede, die daran nichts ändern können, dass der Anstifter ebenso wie der Angestiftete das Delikt als ein von ihm verübtes zu verantworten hat".

Und in ähnlicher Weise zieht Berner[3]) zunächst scharf und ausführlich die Folgerungen aus der accessorischen Natur der Anstiftung, um dann sofort im folgenden[4]) in die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft zurückzufallen. Charakteristisch ist dafür das Zitat des § 33 seiner Grundsätze des Preussischen Strafrechts. Er bezeichnet dort den Angestifteten als das Mordgeschoss des Anstifters und fährt fort: „Wer sich des eigenen Auges bedient, um auf jemanden zu zielen, kann sich im Objecte irren, wer sich zu dem gleichen Zwecke eines fremden bedient, kann nicht verlangen, dass dies unfehlbar sei. So gut der Verbrecher, wenn er selbst das Werkzeug anwendet, die Ergebnisse seiner Geschicklichkeit oder Ungeschicklichkeit verantworten muss, so gut muss er die Ergebnisse einer fremden Geschicklichkeit oder Ungeschicklichkeit verantworten, wenn er sich eines andern gleichsam als eines Werkzeuges bedient".

Berner beruft sich also auf eine Ausführung, in welcher er die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft in der denkbar schärfsten Weise vertreten hat[5]). —

1) a. a. O. S. 398.

2) a. a. O. S. 402.

3) a. a. O. S. 159 Ziff. 2. S. 161 Ziff. 10 a. b.

4) a. a. O. S. 161 Ziff. 10 c.

5) Wie Berner dazu kommt, diese Auffassung zu vertreten, obwohl er sich regelmässig als Gegner des Determinismus erklärt, darauf kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. darüber Berner, Teilnahme S. 271. ff.

Der Gedankengang, von dem diese Schriftsteller[1]) offenbar ausgehen, erhellt am besten aus der Darstellung von Haupt.

Dieser erklärt, dass man zwischen der rechtlichen Beurteilung der Vorgänge und der Feststellung ihres thatsächlichen Zusammenhanges mit der Verbrechensverwirklichung zu unterscheiden habe[2]). Was die Anstiftung angehe, so werde sie vom Gesetze der rechtlichen Beurteilung nach als accessorische Teilnahme behandelt, und darin habe der Gesetzgeber vollkommen Recht gehabt[3]). Aber wenn man den thatsächlichen Zusammenhang der Anstiftung mit dem begangenen Verbrechen betrachte, so sei darin Kausalzusammenhang zu erblicken, die Anstiftung sei Ursache des Verbrechens. An dieser Thatsache habe das Gesetz nichts ändern können und wollen; „es hat indem es das Strafgesetz für die ausgeführte oder verursachte That als massgebend für die Anstifterthätigkeit bezeichnet, und diese, falls die That ausbleibt, für strafrechtlich bedeutungslos erklärt hat, einen gewiss richtigen gesetzgeberischen Gedanken ausgesprochen; es hat aber, indem es diese Rechtsregeln aufstellte, keinerlei Ausspruch darüber gethan, wie der thatsächliche Vorgang beschaffen sein muss, wenn Anstiftung soll angenommen werden können[4])“.

Der Gedankengang ist also der: Die Anstiftung muss nach geltendem Rechte als Teilnahmehandlung angesehen werden, aber daraus folgt nur, dass die Strafbarkeit des Anstifters abhängig ist von der Strafbarkeit des Thäters, daraus folgt nicht, dass die Anstiftung ihre Natur als intellektuelle Verursachung verloren haben soll; vielmehr tritt sie in dieser Natur hervor, sobald die gesetzliche Voraussetzung ihrer Strafbarkeit d. h. das Vorhandensein einer strafbaren Thäterhandlung gegeben ist. Dann erscheint der Anstifter als intellektueller Verursacher des Erfolges selbst, und von diesem Standpunkte aus ist der Umfang seines Vorsatzes zu bestimmen.

Dementsprechend wird denn auch von jenen Schriftstellern der Vorsatz des Anstifters durchgängig auf die That des Angestifteten bezogen, er soll diese That mit umfassen.

---

1) Vgl. entsprechender Weise v. Wächter S. 255 § 83 Abs. 2, S. 256 Abs. 3 g. E. mit S. 256. Abs. 1. — Binding, Grundriss S. 113 I. 115. Buchst. a. mit S. 114 Ziff. 3 a. α. g. E. und Handbuch I. S. 700. — Haupt S. 575. f.

2) a. a. O. S. 575.

3) a. a. O. S. 575, 577 a. E.

4) Haupt a. a. S. O. 575 a. E. 576.

So sagt von Wächter[1]), ein Anhänger der Willenstheorie, der Wille des Anstifters sei „auf Begehung des Verbrechens gerichtet."

Berner giebt zwar keine unmittelbare Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes, aber er macht den Anstifter für Irrthümer des Thäters, in derselben Weise verantwortlich, wie er für eigene Irrthümer verantwortlich sein würde, wenn er unmittelbar selbst durch ein physisches Werkzeug gehandelt hätte[2]). Er betrachtet also die Hauptthat auch als That des Anstifters; somit muss nach ihm der Anstifter diese That auch wollen und ihr Erfolg von seinem Vorsatze mit umfasst werden.

Sehr ausführlich äussert sich Hälschner über den Vorsatz des Anstifters. „Die Absicht[3]) des Anstifters", so sagt er, „geht, wie die des Thäters, mag es der Angestiftete oder allein Handelnde sein, auf Verübung des Delikts." „Der Gehilfe will die Verübung des Delikts vom Wollen des Thäters abhängig sein lassen, der Anstifter dagegen nicht." „Für die Bestrafung des Anstifters ist massgebend, dass er mit der auf Verübung des Deliktes gerichteten Absicht thätig war, dass seine Thätigkeit in ursächlichem Zusammenhange mit der vom angestifteten Thäter verübten That steht, dass deshalb die That des Angestifteten wie diesem, so in gleicher Weise dem Anstifter zuzurechnen ist"[4]).

Binding endlich erklärt, der Anstifter habe entweder Urheber „oder Gehilfenvorsatz"[5]).

Die Hervorhebung des Gehilfenvorsatzes bezieht sich aber dabei lediglich auf den Fall der Anstiftung zur Gehilfschaft auf Grund deren der Anstifter selbst als Gehilfe an der Hauptthat erscheint[6]).

---

1) a. a. O. S. 256 Abs. 1. vgl. S. 144.

2) a. a. O. S. 161 Ziff. 10 c.

3) Hälschner gebraucht das Wort „Absicht" etwa in der Bedeutung, wie wir „Vorsatz" gebrauchen, indem er letzteren in einem eigentümlich engen Sinne begreift. Vgl. Hälschner I. S. 190 f. — Ueber die zahlreichen, verschiedenartigen Unterscheidungen, die in der Litteratur zwischen „Absicht" und „Vorsatz" gemacht werden, vgl. Kohler Patentrecht S. 538.

4) Hälschner I. S. 402, 395, 413. Die gleiche Ansicht vertritt Hälschner in G. S. 1873. S. 90—92. Ganz folgerichtig will er auch für das geltende Recht die misslungene Anstiftung als selbständigen Versuch des Verbrechens gestraft wissen. Vgl. I. S. 408 ff. dagegen ausser Ortmann G. A. 1874 S. 385 ff., die gesammte heutige Litteratur.

5) Grundriss S. 114 Ziff. 3.

6) Vgl. Hälschner G. S. 1873 S. 90.

Für den regelmässigen Fall der Anstiftung zur Thäterschaft nimmt daher Binding Urhebervorsatz des Anstifters an. Thäter und Anstifter sollen beide Urheber der Hauptthat sein, und beider Vorsatz muss selbstverständlich den Erfolg der Hauptthat mit umfassen[1].

Man sieht also: Alle vier Schriftsteller ziehen für die Begriffsbestimmung des Vorsatzes die Konsequenz aus ihrer Darlegung, nach der die Anstiftung, trotz ihrer Behandlung als Theilnahme durch das Strafgesetzbuch, noch als Urheberschaft aufgefasst werden können soll.

Aber dieser Darlegung kann in keinem Falle zugestimmt werden, sie krankt an einem inneren Widerspruche. Die Unterscheidung zwischen rein rechtlicher und rein thatsächlicher Beurteilung der Vorgänge, auf Grund deren das Gesetz der Anstiftung accessorische Natur beigelegt haben soll, ohne dadurch ihre Kausalität für den Erfolg der Hauptthat zu leugnen, ist nicht haltbar. Wird der ursächliche Zusammenhang zwischen der Anstiftung und dem Erfolge der Hauptthat anerkannt, so folgt daraus wie wir gesehen haben[2], die Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft. Ist aber die Anstiftung Urheberschaft, so steht sie dem Erfolge als prinzipale Thätigkeit gegenüber, sie kann nicht als accessorische Teilnahme betrachtet werden. Dass das Gesetz beide Auffassungen neben einander enthalten soll, ist unmöglich, die eine schliesst notwendig die andere aus, niemand kann bei einem und demselben Verbrechen durch eine und dieselbe Handlung Urheber und (unselbständiger) Teilnehmer sein. Nach der gegnerischen Ansicht wäre z. B. der Anstifter zum Selbstmorde, wenn auf die Anstiftung hin der Selbstmord erfolgt ist, intellektueller Thäter dieser Tötung, er wäre aber straflos weil er — Teilnehmer ist. Der Widerspruch liegt klar zu Tage: Wenn man die unselbständige Teilnehmernatur der Anstiftung anerkennt, kann man sie nicht mehr als intellektuelle Urheberschaft betrachten.

Daher hat auch keineswegs das Strafgesetzbuch, wie v. Wächter[3] meint, bloss ungerechtfertigter Weise an die Stelle der Ausdrücke „physische und intellektuelle Urheber" die Ausdrücke „Thäter (bezw.

---

[1]) Binding erklärt sogar den Anstifter zum Selbstmorde nach heutigem Rechte für strafbar. Vgl. Binding, Handbuch S. 700.

[2]) Vgl. o. § 2 I.

[3]) Vorlesungen S. 241 a. E. 242.

Mitthäter) und Anstifter" gesetzt, ohne seine Auffassung der Anstiftung als intellektueller Urheberschaft zu ändern.

Im Gegenteil! die Aufgabe der alten Terminologie ist ein Beweis und eine notwendige Folge der Auffassung der Anstiftung als unselbstständiger Teilnahme durch das Gesetz. Früher standen physische und intellektuelle Urheberschaft gemeinsam der Beihilfe gegenüber; heute gehören Anstiftung und Beihilfe als Gegensatz zur Urheberschaft (Thäterschaft) zusammen.

Gerade die Ausführungen v. Wächters, Berners, Hälschners und Bindings sind ein charakteristisches Beispiel dafür, in welche schiefe Stellung das Strafgesetzbuch diejenigen bringt, die grundsätzlich die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft vertreten[1]) und sich nun mit der unselbständigen Natur der Anstiftung im Strafgesetzbuche abfinden sollen. Der Versuch jener vier Schriftsteller, ihre Auffassung der lex lata gegenüber zu retten, ist nicht geglückt.

Damit werden auch die Folgerungen, welche sie daraus für die Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes gezogen haben, hinfällig. Der Beweis, dass der Anstiftervorsatz auch den Erfolg der Hauptthat umfasse, ist von ihnen nicht erbracht.

§ 7.

Wir haben uns nunmehr mit der Lehre v. Buris zu beschäftigen, der ja die Teilnahme in zahlreichen Schriften behandelt hat. Auch hier werden wir mannigfache Widersprüche aufdecken müssen.

Zunächst erscheint es notwendig, klarzustellen, wie v. Buri vom rein wissenschaftlichen Standpunkte aus das Wesen der Anstiftung betrachtet.

v. Buri erklärt an zahlreichen Stellen, dass infolge der freien Willensbestimmung des Menschen von einem Kausalzusammenhange zwischen der Anstiftung und dem Entschlusse des Thäters nicht die Rede sein könne. So heisst es z. B. in seiner Kausalität[2]), dass „der Entschluss des Thäters ein in keiner Weise durch die von dem

[1]) Vgl. v. Wächter, Lehrbuch §§ 88. 89. Hälschner, System S. 843 ff. Berner, Teilnahme S. 271 ff. Binding, Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund S. 87. ff.

[2]) Kausalität 1885 S. 65.

Anstifter hervorgerufenen Motive erzwungener, sondern ein vollständig freigefasster und ausgeführter" sei[1]).

Dennoch aber hält v. Buri die Ansicht aufrecht, dass die Anstiftung mit der That des Angestifteten im Kausalzusammenhange steht. Denn der Anstifter habe durch seine Anreizung auf die sinnliche Natur des Angestifteten diesen in die Lage gesetzt, zu entscheiden, ob er dieser Anreizung folgen wolle oder nicht. Allerdings steht der Anzustiftende den Anreizungen mit voller Willensfreiheit gegenüber, die Entscheidung hängt völlig von seinem Belieben ab, und darum sei die Entschliessung in keiner Weise durch die Anstiftung kausirt. Aber indem der Anstifter dem Anzustiftenden die Möglichkeit geboten hat, den verbrecherischen Entschluss zu fassen, ist er für das daraus folgende Verbrechen „mitwirksam" gewesen, und auf Grund dieser „Mitwirksamkeit" sei die Anstiftung für das Verbrechen kausal[2]).

Mit dieser Ausführung erkennt aber v. Buri u. E. die Kausalität der Anstiftung auch für den Entschluss des Angestifteten an. Denn jener von ihm bekämpfte[3]) extremste Standpunkt, nach welchem der Entschluss des Angestifteten lediglich und notwendig durch die Anstiftung verursacht, und somit der Angestiftete als blosses Werkzeug garnicht für seine That verantwortlich wäre, ist für das Strafrecht wohl niemals verfochten worden[4]). Mit Recht wird hervorgehoben, dass die menschlichen Handlungen dem Kerne nach stets Produkte eigener Entschliessung und nicht fremder Kräfte sind, aber dadurch wird dem Satze nicht widersprochen, dass eine ursächliche Einwirkung auf den menschlichen Willen möglich sei[5]). Der Unterschied aber, den v. Buri zwischen diesem gemässigten Standpunkte, und seiner eigenen Lehre finden will, ist nicht vorhanden.

v. Buri sucht ihn folgendermassen zu begründen[6]).

Nach der gegnerischen Ansicht existiere für den Menschen keine Freiheit, sich der Reize zu erwehren, welche einen Entschluss von

---

1) Vgl. entsprechend v. Buri G. S. 1870. S. 90, G. S. 1876 S. 200, Kausalität 1873, S. 131, u. a. O.

2) v. Buri G. S. 1870 S. 90, Kausalität 1885 S. 65.

3) Kausalität 1885 S. 65 (oben), G. S. 1889, (Bd. 42) S. 258.

4) Vgl. Birkmeyer, Teilnahme S. 124. Kohler Studien S. 107 f.

5) Vgl. darüber die Ausführung von Haupt Z. XV. 571.

6) Kausalität 1885 S. 11, 12.

ihm verlangten. Wohl aber bestehe für ihn die Freiheit, die zum Motive aufstrebende Kraft der verschiedenen Reize richtig gegeneinander abzuwägen und so die einen zu Motiven zu erheben, die andern nicht. Sobald jedoch einmal die Entschlüsse fertig seien, bestehe keine Freiheit mehr. Die Handlungen seien die notwendigen Produkte der Willensentschlüsse. —

Nach seiner eigenen Ansicht dagegen läge die Sache so: Die menschlichen Vorstellungen seien allerdings die notwendigen Reaktionen des Verstandes auf die von den Sinnen perzipierten Eindrücke, und diese Vorstellungen könnten durch fremde Einwirkung auf die Sinne des andern, z. B. durch Anstiftung, hervorgerufen werden. Aber diesen Vorstellungen stehe der Mensch mit seinem freien, dem Anstifter unzugänglichen Willen gegenüber, und nur wenn er sich zur That (sc. völlig selbstständig) entschliesse, so sei für diesen Entschluss die durch den Anstifter hervorgerufene Vorstellung insofern mitwirksam gewesen, als sie es war, welche den Angestifteten erst in die Lage versetzt hat, überhaupt einen Entschluss zu fassen. Diese Mitwirksamkeit für den Entschluss erweise sich dann weiterhin mitwirksam für den in Gemässheit desselben verursachten Erfolg, und somit ist auch der Anstifter dessen Verursacher. —

Besteht zwischen dieser und der vorher dargestellten Ansicht der von v. Buri gemeinte Gegensatz? Keineswegs! Dass der menschliche Wille völlige Freiheit darüber hat, in welcher Weise er auf die vom Anstifter auf seine Sinne hervorgerufenen Eindrücke reagieren will, soll garnicht geleugnet werden. Vielmehr wird die Unfreiheit des menschlichen Willens darin gefunden, dass er nicht im Stande ist, sich dieser Eindrücke vollständig zu erwehren, dass er gezwungen ist, ihnen gegenüber eine Entscheidung nach der einen oder anderen Seite zu treffen. Diese Unfreiheit des menschlichen Willens kann nicht bestritten werden, sie wird auch von v. Buri klar zugegeben, so z. B. in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft[1]), wo er es für nicht bestreitbar erklärt, „dass der Anstifter, indem er Anreizungen in dem Anzustiftenden hervorruft, denselben durch die Kausalität dieser Anreizungen zu der Entschliessung nötigt, ob er denselben willfahren will oder nicht“. Damit hat v. Buri die Un-

[1]) Z. II. S. 272.

freiheit des Willens selbst anerkannt, und es beruht auf Selbsttäuschung, wenn er noch immer die deterministische Auffassung zu bekämpfen glaubt.

Noch weniger aber vermag er nach jenen Ausführungen die Kausalität der Anstiftung für den Entschluss des Angestifteten zu leugnen. Denn es steht darnach fest, dass der Angestiftete den Entschluss nicht gefasst hätte, wenn ihn der Anstifter nicht durch die auf seine Sinne hervorgerufenen Anreizungen in die Zwangslage versetzt hätte, überhaupt einen Entschluss fassen zu müssen. Welchen Inhalt dieser Entschluss auch haben möge, jedenfalls hat der Anstifter für denselben eine Bedingung gesetzt, ohne welche er nicht entstanden wäre. Nach dem von v. Buri in zahllosen Schriften vertretenen Ursachenbegriffe ist aber jede Bedingung, bei deren Wegfall der eingetretene Erfolg nicht eingetreten wäre, zugleich Ursache dieses Erfolges. Sonach ist der Entschluss des Angestifteten durch die Anstiftung voll verursacht worden.

Wollte von Buri diesen ursächlichen Zusammenhang leugnen, etwa gar von einer „Mitwirksamkeit" zum Erfolge im Gegensatze zur Verursachung" reden[1]; so würde er sich in groben Widerspruch zu der von ihm eingeführten und zur Herrschaft gebrachten Kausalitätstheorie setzen.

Es ist sonach der wissenschaftliche Standpunkt v. Buris hinsichtlich der Anstiftung trotz seines eigenen Widerspruchs dahin zu charakterisieren, dass er in Uebereinstimmung mit der deterministischen Lehre die Kausalität der Anstiftung für die That des Angestifteten, also die Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft, vertritt[2]).

Dass nun diese Auffassung von unserem Strafgesetzbuche nicht geteilt wird, giebt v. Buri zu: „Eine lediglich intellektuelle Wirksamkeit", führt er richtig aus, „verursacht nach der Auffassung des Strafgesetzbuchs überhaupt nicht. Es ergiebt sich dies daraus, dass durch die Anstiftung der Erfolg nicht verursacht, und vielmehr deren Kausalität durch die sich ihr anschliessende physische Kausalität

---

[1]) Fasst könnte man dies nach den Ausführungen v. Buris, Kausalität 1885 S. 65, Z. II. S. 272 f. vermuten.

[2]) Vgl. Birkmeyer Ursachenbegriff Note 117, II. III.

unterbrochen wird, daher Anstifter und Gehilfe lediglich wegen ihres accessorischen Verhältnisses zu dem Thäter sollen bestraft werden können"[1]. v. Buri findet den Grund für diese falsche Auffassung darin, dass das Strafgesetzbuch seiner Kausalitätstheorie noch nicht gefolgt sei, wonach jeder, der nur eine Bedingung zu dem Erfolge gesetzt habe, also auch der Anstifter, diesen Erfolg verursache[2].

Wahrscheinlich ist es nun diese Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Auffassung im St.-G.-B., auf Grund deren v. Buri auf die Anstiftung im Sinne des Strafgesetzbuchs nirgends näher eingeht.

Abgesehen von den wenigen zitirten Stellen, wo er die Stellung des Gesetzes richtig beurteilt, bewegen sich seine zahlreichen Ausführungen über das Wesen der Anstiftung lediglich auf dogmatischem Boden[3]. Ja, zuweilen scheint er diese Stellung des Gesetzes ganz aus den Augen zu verlieren.

So beklagt er sich z. B., ohne das Gesetz auch nur zu erwähnen, in seiner Kritik des H. Meyer'schen Lehrbuchs[4] darüber, dass Meyer von der Auffassung der Anstiftung als Beteiligung am Verbrechen eines andern ausgehe, während doch gerade einem Lehrbuche das Recht zugestanden werden muss, die Auffassung des Gesetzes zum Ausgangspunkte zu nehmen.

Noch auffallender erscheint es, wenn er auch bei der Kritik des Merkel'schen Lehrbuches[5] dem Verfasser als Deterministen den Vorwurf macht, dass er ungerechtfertigter Weise daran festhalte, den Anstifter als Accessorium des Angestifteten zu betrachten[6], während sich doch Merkel bei dieser Darstellung ausdrücklich und lediglich auf das Strafgesetzbuch stützt[7].

Angesichts solcher mangelnden Rücksichtnahme auf die Auffassung des Gesetzes kann es uns auch nicht Wunder nehmen, dass v. Buri auf den Begriff des Vorsatzes des Anstifters im Sinne des Strafgesetzbuchs kaum zu sprechen kommt.

1) v. Buri, Kausalität 1885 S. 44, vgl. S. 48, 65.
2) v. Buri, Kausalität 1885, S. 42 (hierin ist v. Buri zweifellos zuzustimmen).
3) Vgl. z. B. Kausalität 1873 S. 131. ff., Z. II. S. 232 ff., G. S. 1870 S. 1. ff.
4) G. S. 1876 S. 203.
5) von Buri G. S. 1889 (Bd. 42.) S. 241 ff.
6) a. a. O. S. 258 a. E.
7) Vgl. Merkel, Lehrbuch S. 146 § 52.

Ueber seinen wissenschaftlichen Standpunkt finden wir auch in dieser Frage ausführliche Erörterungen. Da nach seiner Auffassung der Anstifter ebenso wie der Thäter den ganzen Erfolg schuldhaft verursacht, so muss sich naturgemäss auch der Vorsatz des Anstifters auf den Erfolg der Hauptthat erstrecken. Dies wird von v. Buri durchgeführt, wenn er sagt[1]), dass nicht nur die Kausalität des Anstifters für die Herbeiführung des Erfolges begründet, sondern „zweifellos auch sein Wille auf die Herbeiführung des ganzen Erfolges gerichtet" sei.

Dagegen findet sich über den Vorsatz des Anstifters im Sinne des Strafgesetzbuches bei v. Buri selbst in der Kausalität von 1885, der einzigen Schrift, wo er ein wenig auf die Stellung des Strafgesetzbuchs gegenüber der Anstiftung eingeht, keine Erörterung. Das einzige, woraus wir einen Schluss ziehen können, wie v. Buri den Vorsatz des Anstifters nach dem Gesetze auffasst, ist seine Entscheidung über die Strafbarkeit des Agent provocateur nach dem Strafgesetzbuche. Aus ihr ergiebt sich, dass v. Buri in der That den Vorsatz des Anstifters im Sinne des Gesetzes richtig versteht. Denn er erklärt hier[2]), dass die Agents provocateurs für den Versuch des Angestifteten verantwortlich seien, auch wenn die Vollendung der That nicht in ihrem Willen gelegen habe[3]).

Im Gegensatze zu der angeführten Entscheidung beurteilt nun freilich v. Buri an einem anderen Orte[4]) den vollständig analogen Fall, dass jemand einen andern anstiftet, in eine Kasse hineinzugreifen, von welcher er weiss, dass sie leer ist, in gerade entgegengesetztem Sinne. Der Anstifter soll hier nicht haften und zwar deswegen, „weil die intellektuelle Wirksamkeit nicht auf einen von dem Anstifter beabsichtigten strafbaren Erfolg gerichtet und auch für einen solchen Erfolg, nicht mitwirksam gewesen ist, das Geschehene vielmehr lediglich Schuld des Angestifteten repräsentirt, von welcher der Anstifter nicht betroffen wird, weil er sie nicht verursacht hat." Da v. Buri, wie wir gesehen haben, selbst zugiebt, dass der Anstifter nach unserem Strafgesetzbuche überhaupt nicht den Erfolg der Hauptthat verursacht, so muss man annehmen, dass

1) v. Buri, Z. II. S. 273. vgl. auch Kausalität (1873) S. 132.
2) Kausalität (1885) S. 66.
3) Vgl. darüber ausführlicher § 12
4) G. S. 1870 S. 92.

diese letztere Entscheidung vom rein wissenschaftlichen Standpunkte gefällt ist; sonst könnte sie ja nicht die Frage, ob der Anstifter die Hauptthat verursacht hat, zum Kriterium seiner Strafbarkeit machen. Freilich hätte man gerade bei der Entscheidung eines derartigen praktischen Falles erwarten sollen, dass v. Buri die widersprechende Stellung des geltenden Rechts klarstellte.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, dass v. Buri zwar die Auffassung des Strafgesetzbuchs bezüglich der Anstiftung richtig erkannt hat, dass er aber auf diese Auffassung in seinen Abhandlungen regelmässig keine Rücksicht nimmt. Es muss ihm daher der Vorwurf gemacht werden, dass er den Gegensatz zwischen seiner wissenschaftlichen Auffassung der Anstiftung und dem geltenden Rechte nicht genügend hervorhebt; und wenn er[1]) andere Schriftsteller deswegen tadelt, weil sie die eigene Ansicht und das Strafgesetzbuch nicht klar und bestimmt genug einander gegenüber stellten, „um zweifellos erkennen zu lassen, welche Folgerungen aus der einen und welche Folgerungen aus der anderen Quelle herzuleiten seien“, so fällt dieser Tadel auch auf ihn zurück. —

§ 8.

Diejenigen Schriftsteller, mit denen wir uns bisher beschäftigt haben, kommen sämtlich deswegen zu einer von uns abweichenden Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes, weil sie dabei von der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft ausgingen, sei es dass sie diese Auffassung auch dem Gesetze gegenüber verfochten (Kohler, v. Wächter, Hälschner, Berner, Binding), sei es, dass sie sie ohne Rücksicht auf das Gesetz rein wissenschaftlich vertraten (v. Buri).

Einen andern Standpunkt nehmen v. Liszt, Merkel und v. Lilienthal ein, denen wir uns nunmehr zuwenden.

Sie gehen, unter Hinweis auf das Strafgesetzbuch, grundsätzlich davon aus, dass die Anstiftung de lege lata als accessorische Teilnahmehandlung aufzufassen sei und mit dem Erfolge der Hauptthat nicht im Kausalzusammenhange stehe[2]).

[1]) Kausalität (1885) S. 52 oben.

[2]) Vgl. v. Liszt S. 190. „Man gelangte dazu, einerseits eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen der Handlung des Anstifters und dem Erfolge . . . . . . anzunehmen, andererseits aber sie als Teilnahme an der vom Thäter begangenen That zu betrachten. Dies ist der Standpunkt des geltenden

Dieser Standpunkt wird von ihnen nach verschiedenen Richtungen folgerichtig durchgeführt; so weisen sie z. B. sämtlich darauf hin, dass die Strafbarkeit der Anstiftung abhängig ist von dem Vorhandensein einer strafbaren Thäterhandlung, und nehmen auch die Straflosigkeit der versuchten (sei es unvollendeten, sei es fehlgeschlagenen) Anstiftung an[1].

Aber bezüglich des Vorsatzes des Anstifters sind sie sämtlich der Ansicht, dass er die vom Thäter begangene That mit umfassen müsse.

So sagt v. Liszt[2]): Der Vorsatz des Anstifters umfasst: . . . „2) die Vorstellung einer fremden Handlung" (d. h. natürlich: Der Handlung des Thäters); ebenso erklärt Merkel[3]): „Der Vorsatz (des Anstifters) muss die von dem anderen begangene konkrete That nach allen dem Gesetze gegenüber wesentlichen Merkmalen umfassen. Bei der Entscheidung der Frage, ob eine Anstiftung zu einem Delikte vorliege, ist stets . . . . zu untersuchen, ob diese bestimmte That von dem angeblichen Anstifter gewollt und vorsätzlich herbeigeführt worden sei"; endlich meint v. Lilienthal[4]): „Es ist erforderlich Vorsatz des Anstifters in Bezug auf . . . . . . 2) die begangene Handlung". —

Aber dieser Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes kann nicht zugestimmt werden.

Anstiftung im Sinne des Gesetzes ist die Bestimmung eines andern zum Verbrechen; ihr Ziel ist also die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in dem anderen. Es ist nun freilich selbstverständlich, dass sich die Anstiftung stets auf eine bestimmte That beziehen muss, dass von einer strafbaren allgemeinen Anstiftung zum Verbrechen keine Rede sein kann. Vielmehr hat der Anstifter stets einen bestimmten verbrecherischen Erfolg im Auge, den der Angestiftete verwirklichen

Rechts." — Merkel S. 146: „Beihilfe und Anstiftung werden überhaupt und in ihrem Verhältnisse zur Thäterschaft, als deren Accessorien das Gesetz sie betrachtet, ... nach gleichen Grundsätzen behandelt." — v. Lilienthal S. 56: „Anstiftung ist die Bestimmung eines anderen zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung." Vgl. eod. Buchst. c.

1) Vgl. v. Liszt. S. 201, Ziff. 2a. Merkel S. 147, Ziff. 5. v. Lilienthal S. 56, Buchst. c.

2) a. a. O. S. 197 Ziff. 3.

3) a. a. O. S, 150 Ziff. 2.

4) a. a. O. S. 56 Buchst. a.

soll, er will den Entschluss zur Verwirklichung dieses bestimmten verbrecherischen Erfolges in dem Angestifteten hervorrufen. Sein Vorsatz umfasst also die Vorstellung (den Willen), dass er durch seine Thätigkeit in dem anderen den Entschluss erwecke, einen bestimmten verbrecherischen Erfolg handelnd herbeizuführen. Insofern dieser Erfolg einen Bestandteil des in dem anderen hervorzurufenden Entschlusses bildet, ist er also naturgemäss im Vorsatze des Anstifters mitenthalten. Aber keineswegs ist damit gesagt, dass der Vorsatz des Anstifters die vom Angestifteten wirklich begangene That und deren Erfolg mit umfasse.

Mag sich der Anstifter den verbrecherischen Erfolg, zu dessen Herbeiführung er den Entschluss im Thäter erwecken will, noch so bestimmt vorstellen, mag er ihn sich auch bis in alle Einzelheiten ausmalen: Niemals kann man darauf die Behauptung stützen, dass sein Vorsatz die begangene That und deren Erfolg mitumfasse. Denn jener verbrecherische Erfolg, auf den sich die Vorstellung des Anstifters miterstreckt, ist ja nur ein Bestandteil des Entschlusses des Angestifteten und wird nur unter diesem Gesichtspunkte vom Vorsatze des Anstifters mit umfasst, er ist der Erfolg, den der Angestiftete herbeiführen soll, der Erfolg der vom Angestifteten zu begehenden, keineswegs aber der Erfolg der thatsächlich begangenen, der wirklich ins Leben getretenen That[1]).

Vielmehr kann die vom Angestifteten wirklich begangene Handlung bei ihrer Realisierung eine sehr verschiedenartige Gestalt annehmen: Der Angestiftete kann den beabsichtigten Erfolg auf den verschiedensten Wegen und mit den verschiedensten Mitteln verwirklicht haben, ja der beabsichtigte Erfolg braucht infolge irgend eines Irrtums des Anstifters über seine Erreichbarkeit überhaupt nicht eingetreten zu sein, die That des Angestifteten kann lediglich einen unbeendigten Versuch oder ein fehlgeschlagenes Verbrechen darstellen.

Auf diese Gestaltung der wirklich begangenen That bezieht sich der Vorsatz des Anstifters nicht, er bezieht sich lediglich auf die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses im Angestifteten, den vom Anstifter beabsichtigten verbrecherischen Erfolg herbei-

1) Vgl. auch S. 37.

zuführen. Ob aber der thatsächlich eingetretene Erfolg, den die auf Grund der Anstiftung begangene That zeitigte, jenem vom Anstifter vorgestellten Erfolge entspricht, darauf kommt es nicht an.

Daher wird auch die Frage ob vorsätzliche Anstiftung zu der begangenen That vorliege, lediglich darnach entschieden, ob der Angestiftete dieselbe auf Grund des vom Anstifter vorsätzlich in ihm erweckten Entschlusses begangen hat. Es liegt hierin eine notwendige Folge der Auffassung der Anstiftung als unselbständiger Teilnahme, wie sie das Strafgesetzbuch vertritt.

Darnach ist die Thätigkeit des Anstifters mit der Erweckung des verbrecherischen Entschlusses im Thäter abgeschlossen. Ist diese Erweckung dem Vorsatze des Anstifters entsprechend geglückt, so liegt vollendete vorsätzliche Anstiftung vor. Nur die Frage, ob der Anstifter wegen dieser vollendeten Anstiftung haften wird, hängt davon ab, ob der Angestiftete auf Grund der Anstiftung eine im Sinne des Gesetzes strafbare Handlung begehen wird. Das Vorhandensein einer solchen strafbaren Handlung des Thäters erscheint als Bedingung der Strafbarkeit für die Anstiftung. —

Sonach kann es nicht als folgerichtig zugegeben werden, wenn v. Liszt, Merkel und v. Lilienthal von der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme aus dazu kommen, die vom Angestifteten begangene That als Begriffsmerkmal des Anstiftervorsatzes zu bezeichnen.

Am deutlichsten tritt diese Inkonsequenz bei v. Liszt hervor. In seiner allgemeinen Definition des Vorsatzes[1]) erklärt v. Liszt als zweites Begriffsmerkmal des Vorsatzes: „Die Voraussicht des Erfolges, soweit dieser zu dem Begriffe des Verbrechens erforderlich ist". Obwohl nun auf Seite 113 ausdrücklich als Erfolg der Anstiftung im Sinne des Strafgesetzbuchs lediglich „die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses im Thäter" bezeichnet wird, verlangt v. Liszt bei der Definition des Anstiftervorsatzes als zweites Begriffsmerkmal nicht die Voraussicht der Hervorrufung dieses verbrecherischen Entschlusses (im Thäter), sondern die Voraussicht der Handlung des Thäters selbst[2]). v. Liszt setzt sich also selbst in

[1]) v. Liszt S. 143.

[2]) Vgl. v. Liszt S. 197.

Widerspruch mit einer der wichtigsten Folgerungen, die er vorher aus der unselbständigen Natur der Anstiftung gezogen hat.

Was speziell die von Merkel gegebene Bestimmung des Anstiftervorsatzes betrifft[1]), so ist es für die Erkenntnis ihrer Unrichtigkeit besonders lehrreich, wenn man sie mit der von Borchert aufgestellten Definition vergleicht. Borchert[2]) sagt: „Der Vorsatz des Anstifters muss auf die Verübung der That durch den Anzustiftenden gerichtet sein, was nur unter der Voraussetzung möglich ist, dass dem Anstifter alle den gesetzlichen Thatbestand bildenden Umstände bekannt sind, . . . er muss die zu begehende That in ihrem ganzen Umfange umfassen". Trotz der grossen Ähnlichkeit dieser Sätze mit der von Merkel gewählten Ausdrucksweise besteht zwischen beiden ein gewichtiger Unterschied. Denn wie Borchert[3]) ausführlich auseindersetzt, will er mit seinen Sätzen nur sagen, dass der Vorsatz des Anstifters „sich auf alle die Strafbarkeit der That begründenden Voraussetzungen erstrecken" müsse. Allerdings! Der Anstifter hat den Vorsatz, in dem Angestifteten den Entschluss zur Begehung eines bestimmten, vom Gesetze unter Strafe gestellten Verbrechens hervorzurufen. Er muss daher in der That die sämtlichen subjektiven und objektiven Thatumstände, welche der Thatbestand jenes Verbrechens beim Thäter voraussetzt, kennen, insofern es sein Ziel ist, in dem Angestifteten den Entschluss zur Verwirklichung aller dieser Thatumstände zu erwecken. Der Dolus des Anstifters umfasst, wie Lukas[4]) sagt, „den Dolus der That nur unter dem Gesichtspunkte der Herbeiführung der letzteren" (sc. durch den Angestifteten).

Es ist sonach eine ganz richtige Behauptung, dass zum Vorsatze des Anstifters die Kenntnis sämtlicher Thatbestandsmerkmale des Verbrechens gehöre, auf dessen Begehung die Anstiftung gerichtet ist. Aber keineswegs ist damit gesagt, dass der Vorsatz des Anstifters auch die wirklich begangene That umfassen müsse. Vielmehr bezeichnet Borchert sehr richtig die That, auf welche sich der Vorsatz des Anstifters bezieht, stets als „die zu begehende, die durch den Angestifteten auszuführende That". Dagegen er-

1) Vgl. o. S. 34, Merkel S. 150.
2) Strafrechtliche Verantwortlichkeit S. 67 a. E. 68.
3) a. a. O. S. 68.
4) Subjektive Verschuldung S. 103.

klärt Merkel von vornherein, dass der Vorsatz des Anstifters „die von dem anderen begangene, konkrete That nach allen dem Gesetze gegenüber wesentlichen Merkmalen umfassen" müsse. Und wenn man angesichts dieser Fassung noch zweifelhaft sein kann, ob Merkel von dem unrichtigen Gedanken ausgeht, so wird dies durch den folgenden Satz zur Gewissheit erhoben, in welchem er sagt: „Bei der Entscheidung der Frage, ob eine Anstiftung zu einem Delikte vorliege, ist stets . . . . zu untersuchen, ob diese bestimmte That von dem angeblichen Anstifter gewollt und vorsätzlich herbeigeführt worden sei".

Demgegenüber haben wir bereits nachgewiesen, dass die hier von Merkel verlangte Untersuchung keineswegs Platz greift, dass vielmehr für die Entscheidung über die Strafbarkeit des Anstifters lediglich die Frage massgebend ist, ob der Thäter die That auf Grund des vom Anstifter in ihm erweckten verbrecherischen Entschlusses begangen hat.

§ 9.

Eine scheinbare Verwandtschaft mit der Lehre v. Liszts, Merkels und v. Lilienthals weist auch die Darstellung Birkmeyers auf. Auch Birkmeyer vertritt nämlich grundsätzlich die Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme und stellt dennoch den Satz auf, dass der Vorsatz des Anstifters die konkrete begangene That mitumfassen müsse.

Indessen diese Verwandtschaft ist wie gesagt, nur eine scheinbare und äusserliche. Thatsächlich nimmt Birkmeyer einen gesonderten, ihm allein eigentümlichen Standpunkt ein. Wir erwähnten bereits früher[1]), dass Birkmeyer einen anderen Begriff der Ursache vertritt, als es die herrschende Meinung im Anschlusse an v. Buri thut. Während die herrschende Meinung davon ausging, dass jede für den Eintritt des Erfolges notwendige Bedingung Ursache des Erfolges sei und sonach zur Gleichstellung von Bedingung und Ursache gelangte, will Birkmeyer unter allen Bedingungen des Erfolges nur eine einzige als die „Ursache" des Erfolges ausgezeichnet wissen. Ursache des Erfolges soll nach Birkmeyer diejenige Bedingung sein, „welche mehr, als die übrigen Bedingungen zu dem

[1]) Vgl. o. S. 4, Anm. 1. S. 9, Anm. 2.

Erfolge beigetragen hat", also: die für den Erfolg wirksamste Bedingung[1])

Indem Birkmeyer diesen seinen Ursachenbegriff auf die Anstiftung anwendet, kommt er zu folgendem Ergebnisse: Anstiftung ist eine Einwirkung auf den Willen eines anderen, damit dieser den Entschluss zur Begehung eines bestimmten Verbrechens fasse; sie ist also eine Bedingung des Willensentschlusses des Angestifteten. Indessen sie ist nicht die wirksamste Bedingung, somit nicht die Ursache dieses Willensentschlusses.

Die wirksamste Bedingung für jeden Willensentschluss eines Menschen bildet vielmehr stets sein freier Wille. Denn dieser freie Wille verleiht ihm die Fähigkeit, die durch den Anstifter auf seine Sinne erweckten Reize „nach freier Willkür zu Motiven werden zu lassen. Es besteht für ihn die Freiheit, die zum Motive aufstrebende Kraft der verschiedenen Reize richtig gegeneinander abzuwägen, auf die verschiedenen Reize kraftgebend und kraftweigernd einzuwirken, und so die einen zu Motiven zu erheben, die andern nicht"[2]). Wenn sonach auf Grund dieser dem Menschen verliehenen Freiheit sein freier Wille die wirksamste Bedingung aller seiner Entschlüsse darstellt, so erscheint dieser freie Wille auch allein als die „Ursache" jedes menschlichen Entschlusses. Die Anstiftung erscheint lediglich als das Setzen einer Bedingung, welche neben jener Ursache auf die Fassung des Entschlusses hinwirkt, „als ein Beeinflussen des Willens des Angestifteten dahin, dass er sich selbst bestimme, d. h. als Setzen einer Bedingung der Selbstbestimmung zur Handlung".[3])

Da man ferner in den Handlungen des Menschen nur die notwendigen Produkte seiner Willensentschlüsse zu erblicken hat[4]), so erscheint die Ursache des Willensentschlusses, aber auch nur sie, gleichzeitig als Ursache der aus dem Willensentschlusse gefolgten That. Lediglich der Angestiftete selbst, nicht aber der Anstifter, erscheint sonach als Verursacher des vom ersteren begangenen Ver-

---

1) Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 17 a. E. 18.

2) Birkmeyer, Ursachenbegriff Note 112, im Anschlusse an Binding.

3) Birkmeyer, Teilnahme S. 116, a. E. 117. Ebenso Ursachenbegriff Note 117. IV. Vgl. aus früherer Zeit Berner, Teilnahme S. 274, Geib, Lehrbuch II. 321 345.

4) Birkmeyer, Ursachenbegriff Note 112.

brechens, und dementsprechend ist die Anstiftung eine unselbstständige Teilnahmehandlung, deren Strafbarkeit abhängig ist von dem Vorhandensein einer strafbaren Handlung auf Seiten des Angestifteten[1]).

Obgleich es jedoch demzufolge dem Anstifter an der Verursachung des Erfolges der Hauptthat fehlt, soll ihm dennoch nach Birkmeyers Ausführungen nicht alle Kausalität für diesen Erfolg abgehen. Denn „er hat eine Bedingung dieses Erfolges gesetzt, indem er den anderen anreizte, die That zu beschliessen und auszuführen"[2]). Die That ist ja das notwendige Produkt des verbrecherischen Entschlusses, und wer also eine Bedingung für die Entstehung dieses Entschlusses gesetzt hat, dessen Thätigkeit erscheint auch als eine mittelbare, d. h. durch den Entschluss hindurch wirkende Bedingung der aus dem Entschlusse erwachsenen That. Insofern kann man davon reden, dass der Anstiftung mit Rücksicht auf den Erfolg der Hauptthat „kausaler Charakter" zukomme. Der Anstifter setzt durch seine Thätigkeit eine Bedingung, welche neben der Ursache (= der Thätigkeit des Angestifteten) auf die Enstehung des Erfolges hinwirkt, auch er erzeugt einen Teil des Erfolges[3]).

Auf Grund der dargestellten Auffassung des Wesens der Anstiftung geht Birkmeyer für die Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes von folgenden Gesichtspunkten aus[4]).

1. Der Anstifter hat durch seine Thätigkeit zwar nicht die Ursache, aber eine Bedingung des eingetretenen verbrecherischen Erfolges gesetzt, er hat einen Teil des Erfolges herbeigeführt, verursacht. Sein Vorsatz enthält daher als Begriffsmerkmale:
   a. Die Voraussicht und das Wollen des verbrecherischen Gesammterfolges.
   b. Das Wissen und Wollen, dass er durch seine Thätigkeit zu jenem Erfolge etwas beitrage, jenen Erfolg mit herbeiführe.

---

1) Birkmeyer, Teilnahme S. 144 ff., 125.

2) Birkmeyer, Ursachenbegriff, Note 117 V.

3) Birkmeyer, Teilnahme S. 130. — Die Ansicht, dass der Erfolg teilbar sei, folgt naturgemäss aus der Birkmeyer'schen Theorie des Ursachenbegriffs, wonach nicht sämmtliche Bedingungen des Erfolges Ursachen des ganzen Erfolges sind. Vgl. darüber Birkmeyer, Ursachenbegriff S. 15 und Note 71—76 (S. 46—50).

4) Birkmeyer, Teilnahme S. 125—143.

2. Obwohl aber der Anstifter nur einen Teil des eingetretenen Erfolges herbeigeführt hat, straft unser Reichsstrafgesetzbuch ihn dennoch, wie den Thäter, wegen des ganzen durch das Zusammenwirken erzielten Erfolges. Es ist daher nicht anders denkbar, als dass unser Gesetzbuch voraussetzt, dass der Anstifter durch seine Verschuldung hinsichtlich des Gesammterfolges ergänze, was ihm an Verursachung desselben abgeht. Sein Vorsatz muss also noch ein Begriffsmerkmal enthalten, welches über das Gebiet seiner verursachenden Thätigkeit hinausgreift, so dass es gerecht erscheint, ihn wegen des Ganzen zu strafen, obgleich er nur einen Teil verursacht hat. Dieses dritte Begriffsmerkmal des Anstiftervorsatzes wird von Birkmeyer formulirt als

c. Das Wissen und Wollen des Anstifters, das ein anderer zur Herbeiführung des verbrecherischen Gesammterfolges mit ihm zusammenwirke, dass dieser andere neben ihm jenen Erfolg verursache. Der Anstifter eignet sich, wie Birkmeyer sagt, dasjenige, was der andere gethan, durch seinen Willen an und muss es deshalb mit verantworten. Es ist Bestandteil seiner Schuld und somit seines Vorsatzes [1]).

Der Vorsatz des Anstifters umfasst sonach „den verbrecherischen Erfolg, die eigene Mitwirksamkeit für denselben und die Mitwirksamkeit des Thäters“ [2]).

Es muss zugegeben werden, dass Birkmeyer auf Grund seines von der herrschenden Ansicht abweichenden Ursachenbegriffs und seiner daraus folgenden Auffassung der Anstiftung zu der von ihm vertretenen Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes kommen muss. Insbesondere ist als richtig anzuerkennen, dass von jenem Standpunkte aus der Vorsatz des Anstifters die vom Angestifteten begangene konkrete That und deren Erfolg mitumfasst.

---

1) Vgl. insbesondere Birkmeyer Teilnahme S. 125—29.

2) Birkmeyer a. a. O. S. 135 a. f. 136. Ganz kurz fasst Birkmeyer seine Definition des Anstiftervorsatzes als „das Wissen und Wollen des Anstifters, dass er durch sein Verhalten einen anderen zur Begehung einer konkreten strafbaren Handlung bestimme.“ Allein scharf ist diese Definition nicht, sie wird erst durch die nachfolgende Aufzählung der drei Begriffsmerkmale (vgl. a. den Text) erklärt.

Vom Standpunkte Birkmeyers fällt ja der Begriff Kausalität nicht zusammen mit dem Begriffe Verursachung. Er versteht unter Kausalität nicht nur die Verursachung, sondern ebenso gut lediglich das Setzen einer Bedingung. Eine Handlung braucht daher, um für einen Erfolg kausale Bedeutung zu haben, nicht die Ursache dieses Erfolges darzustellen, sie braucht nur eine Bedingung des Erfolges zu sein. Der Unterschied ist nur, dass die Ursache den gesammten Erfolg, dagegen eine Bedingung bloss einen Teil des Erfolges kausirt. Die Ursache nimmt in der Kausirung des Erfolges die führende Stellung ein, die Bedingung hat neben ihr nur eine unselbständige kausale Bedeutung, sie wäre allein nicht im Stande den Erfolg zu kausieren, und erscheint nur als mitwirkende Gehilfin, welche neben der Ursache einen Teil des Erfolges mit zu Stande bringt. Nach Birkmeyer giebt es eine prinzipale und eine accessorische Kausalität.

Hierin liegt der grosse Unterschied der Birkmeyer'schen Kausalitätslehre gegenüber der herrschenden Theorie v. Buris.

Nach der herrschenden Meinung giebt es keinen Unterschied zwischen Ursache und Bedingung und keine Teilbarkeit des Erfolges. Sie erblickt in jeder Bedingung eines Erfolges auch dessen Ursache, welche den gesammten ungeteilten und unteilbaren Erfolg kausiert. Daher war es, wie wir ausführlich nachgewiesen haben[1]), vom Standpunkte der herrschenden Meinung aus mit Rücksicht auf das geltende Recht unzulässig, in der Anstiftung eine Bedingung für den Erfolg der Hauptthat zu erblicken. Denn unter dieser Voraussetzung ist die Anstiftung auch Ursache des ganzen Erfolges und dieser wird in seiner Gesammtheit durch sie kausiert. Der Anstifter müsste also ebenso wie der Angestiftete als Verursacher des gesammten Erfolges der Hauptthat erscheinen. seine Thätigkeit würde dem Erfolge gegenüber keine accessorische, sondern eine prinzipale sein. Dies Ergebnis steht in schroffem Widerspruche zu dem Reichsstrafgesetzbuch, das die Anstiftung in unzweideutigen Worten als unselbständige, accessorische Teilnahme an der That des Angestifteten erklärt hat, welche letztere allein den Erfolg der Hauptthat verursacht. Daher ist es vom Standpunkte der herrschenden Ursachentheorie unzulässig, in der Anstiftung eine Bedingung

[1]) Vgl. o. S. 10 ff.

des Erfolges der Hauptthat zu erblicken; es giebt nach derselben de lege lata keinerlei Kausalität zwischen der Thätigkeit des Anstifters und jenem Erfolge! —

Ganz anders liegt die Sache nach der Birkmeyer'schen Kausalitätstheorie! Wenn Birkmeyer die Anstiftung für eine Bedingung des Erfolges der Hauptthat erklärt, und ihr kausale Bedeutung für diesen Erfolg beilegt, so folgt daraus für ihn keineswegs, dass die Anstiftung den gesammten Erfolg verursacht haben muss. Vielmehr erscheint die kausale Bedeutung der Anstiftung lediglich als eine accessorische Mitwirksamkeit für einen Teil jenes Erfolges, dessen eigentliche prinzipale Verursachung dennoch allein auf der Handlung des Angestifteten beruht. Durch die Annahme einer Kausalität zwischen der Thätigkeit des Anstifters und dem Erfolge der Hauptthat im Birkmeyer'schen Sinne wird der accessorischen Natur der Anstiftung nicht widersprochen.

Ist sonach die Annahme dieser Kausalität vom Standpunkte Birkmeyers aus auch dem geltenden Rechte gegenüber zulässig, so folgt daraus notwendig, dass auch der Vorsatz des Anstifters sich nach Birkmeyer auf den Erfolg der Hauptthat mit erstrecken muss. Die Anstiftung ist kausal für einen Teil des Erfolges der Hauptthat. Auf diesen Teil des Erfolges ist daher auch der Vorsatz, das Wissen und Wollen des Anstifters gerichtet. Es ist nun aber undenkbar, dass der Anstifter, dessen Vorsatz einen Teil des verbrecherischen Erfolges umfasst, nicht gleichzeitig den verbrecherischen Gesammterfolg voraussehen und wollen sollte. Vielmehr will der Anstifter die verbrecherische That und ihren Erfolg ebenso gut wie der Thäter selbst[1]).

Birkmeyer ist daher konsequent, wenn er das „Wissen und Wollen des verbrecherischen Erfolges“ als Begriffsmerkmal des Anstiftervorsatzes aufstellt. Wenn man von seinem Ursachenbegriffe ausgeht, so lassen sich weder gegen dieses Begriffsmerkmal noch gegen die beiden anderen von ihm aufgestellten Elemente des Anstiftervorsatzes gerechtfertigte Einwendungen erheben.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die Birkmeyer'sche Definition des Anstiftervorsatzes nicht als solche, vielmehr nur in ihrer Prämisse anzugreifen ist, auf deren Richtigkeit sie sich stützt.

---

[1]) Birkmeyer, Ursachenbegriff Note 117 V (S. 78), Teilnahme S. 128 (§ 61)

Diese Prämisse ist die von Birkmeyer aufgestellte Kausalitätstheorie: Die Unterscheidung zwischen Ursache und Bedingung und die daraus folgende Behauptung der Teilbarkeit des Erfolges.

Wir haben bereits oben[1]) betont, dass wir uns dieser Kausalitätstheorie nicht anschliessen können.

Indessen ein näheres Eingehen auf die mit der Kausalität und dem Ursachenbegriffe zusammenhängenden Fragen würde uns vollständig von dem Thema unserer Arbeit hinwegführen, die sich nur mit dem Vorsatze des Anstifters beschäftigen soll. Diesem Thema glauben wir durch die soeben geschehene Erörterung der Stellung Birkmeyers entsprochen zu haben. Gegenüber der von Birkmeyer vertretenen Kausalitätstheorie, welche er in der Litteratur so gut wie allein vertritt, dürfen wir uns daher auf diejenigen Schriftsteller berufen, durch deren Ausführungen jene Theorie u. E. schlagend widerlegt worden ist[2]).

Mit dem Gesagten glauben wir die von uns vertretene Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes gegenüber den abweichenden Ansichten genügend verfochten und klargestellt zu haben. Diese Begriffsbestimmung wird, wie bereits oben ausgeführt, von der überwiegenden Anzahl von Schriftstellern geteilt[3]). — —

Allein auch unter denjenigen, welche so hinsichtlich der allgemeinen Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes mit einander übereinstimmen, finden sich in mancher Hinsicht Widersprüche, wenn es gilt, aus dieser festgestellten Begriffsbestimmung nach einzelnen Richtungen hin die Konsequenzen zu ziehen. Mit diesen Widersprüchen haben wir uns in folgenden zu beschäftigen.

§ 10.

In erster Linie ist die Frage zu erörtern, inwieweit nach der von uns für richtig erkannten Definition der Vorsatz des Anstifters durch Irrtum ausgeschlossen werden kann.

Von besonderer Wichtigkeit ist hier der Fall, dass dem Angestifteten bei der Ausführung der Hauptthat ein Irrtum widerfahren und auf Grund desselben ein anderer Erfolg eingetreten ist, als ihn

1) Vgl. o. S. 3. f.

2) v. Buri in zahllosen Schriften. Ferner Benecke Z. V. S. 732 Anm. 30. Thyren, Abhandlungen aus dem Strafrechte und der Rechtsphilosophie, S. 91—116

3) Vgl. o. S. 21, Anm. 2. — Ob man sie mit Olshausen wirklich als gemeine Meinung bezeichnen kann, muss angesichts der bedeutenden Zahl von hervorragenden Vertretern abweichender Ansichten zweifelhaft erscheinen.

der Anstifter beabsichtigte. Kann man in einem solchen Falle sagen, es liege ein Irrtum des Anstifters über den Erfolg seiner That vor, und demnach in die Untersuchung eintreten, ob dieser Irrtum für die Ausschliessung des Vorsatzes des Anstifters wesentlich sei oder nicht?

Den entscheidenden Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage bildet der Satz, dass nur dann der Irrtum für die Ausschliessung des Vorsatzes wesentlich sein kann, wenn er sich auf einen Thatumstand bezieht, der von dem Vorsatze mit umfasst wird. Im vorigen Abschnitte haben wir ausführlich nachgewiesen, dass der Vorsatz des Anstifters nach der vom Strafgesetzbuche vertretenen Auffassung der Anstiftung als unselbständiger Teilnahmehandlung sich auf die vom Angestifteten begangene Handlung nicht mit erstreckt. Daraus ergiebt sich, dass von einem strafrechtlich wesentlichen Irrtum des Anstifters in Bezug auf die vom Angestifteten begangene Handlung nach dem geltenden Rechte überhaupt nicht gesprochen werden kann[1]).

Um so mehr muss es uns Wunder nehmen, wenn wir sehen, wie diese Folgerung von einem der Hauptverfechter der accessorischen Natur der Anstiftung, nämlich von Schütze, verkannt wird[2]). Es ergiebt sich dies aus der Art und Weise, wie Schütze, den berühmten Fall Rose-Rosahl bezüglich des Rosahl entscheiden will.

Der Fall lag bekanntlich folgendermassen[3]):

Rosahl hatte den Rose angestiftet, den Schliebe zu töten. Daraufhin legte sich Rose Abends in einen Hinterhalt, an dem Schliebe bestimmt vorbeikommen musste. Zur erwarteten Stunde sah er einen Menschen daherkommen, hielt ihn für den Schliebe und erschoss ihn. Der Getötete war aber nicht Schliebe, sondern ein Gymnasiast Harnisch, auf den es weder Rose noch Rosahl abgesehen hatten.

---

[1]) Zu einem andern Ergebnisse müssen natürlich die Vertreter der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft kommen, ebenso v. Liszt, Merkel u. v. Lilienthal, da ja nach ihrer Definition der Vorsatz des Anstifters ebenfalls die vom Angestifteten begangene konkrete That mit umfassen soll. Vgl. z. B. v. Wächter, Vorlesungen S. 171 Anm. 16. Berner, Grundsätze S. 31 ff., Lehrbuch S. 161 a. E. Hälschner G. A. VII. 445 ff. Strafrecht I. 418. Kohler, Studien S. 141. a. E. 142. v. Liszt S. 200 Ziff. 2 b.

[2]) Bekanntlich hat gerade Schütze die accessorische Natur der Anstiftung in neuerer Zeit zuerst vertreten und am ausführlichsten durchgeführt. Vergl. Schütze, Notwendige Teilnahme S. 243—274.

[3]) Vgl. Liszt, Strafrechtsfälle (5. Aufl.) N. 43.

Bei der Entscheidung dieses Falles kommt Schütze[1]) trotz seiner Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme zu dem Ergebnisse, dass bezüglich der Anstiftung des Rosahl eine aberratio delicti stattgefunden habe. „Während bei dem Thäter ein error in obiecto vorlag, fand für den Anstifter eine aberratio delicti statt. Die von Rosahl angestiftete That des Rose ist für den Anstifter abgeirrt, fehlgegangen“[2]). Nach den bekannten, für die aberratio delicti geltenden Grundsätzen sei daher der Anstifter Rosahl nicht wegen vorsätzlicher Herbeiführung des eingetretenen Erfolges verantwortlich zu machen[3]). —

Dieser Ausführung Schützes muss durchaus widersprochen werden, sie ist unvereinbar mit der unselbständigen Teilnahmenatur der Anstiftung, wie sie das Strafgesetzbuch vertritt. Vom Standpunkte des geltenden Rechts aus muss die Annahme, dass ein Irrtum des Thäters bei Ausführung seiner That überhaupt als eine aberratio für die Anstiftung erscheinen könnte, ganz allgemein zurückgewiesen werden.

Auch die aberratio delicti stellt ja einen Fall des Irrtums des Verbrechers über den Verlauf seiner That dar, an welchen sich dann die Frage knüpft, ob durch ihn der Vorsatz des Verbrechers in Bezug auf den thatsächlichen eingetretenen Verlauf ausgeschlossen werde oder nicht. Wenn nun, wie wir ausführlich dargethan haben, der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Rechte die konkrete Ausführung der That durch den Angestifteten garnicht mitumfasst, so folgt daraus unweigerlich, dass es einen strafrechtlich wesentlichen Irrtum des Anstifters in Bezug auf diese konkrete Ausführung der That überhaupt nicht giebt; es ist ja gar kein Vorsatz vorhanden, der durch einen solchen Irrtum ausgeschlossen werden könnte.

Der Vorsatz des Anstifters richtet sich nach geltendem Rechte vielmehr lediglich auf die Hervorrufung des bestimmten, von ihm gewünschten verbrecherischen Entschlusses im Thäter als den Erfolg

---

1) Notwendige Teilnahme S. 265 ff.

2) a. a. O. S. 267.

3) Die von Pfotenhauer eingebürgerte Einteilung der Irrtumsfälle in diejenigen des error in obiecto und diejenigen der aberratio delicti ist bekannt. Die Schulbeispiele sind: 1) für error in obiecto. A will den B. erschiessen, hält den C für den B und erschiesst statt des B den C. 2) Aberratio delicti: A will den B erschiessen, erkennt den B, zielt auf den B, trifft aber von ungefähr den daneben stehenden oder dazukommenden C. — Vgl. Berner S. 118. Anm. 2.

der Anstiftung. Hat er durch seine Anstiftung diesen verbrecherischen Entschluss in dem Angestifteten hervorgerufen, so ist seine vorsätzliche Thätigkeit abgeschlossen, es liegt vollendete vorsätzliche Anstiftung vor. Ein strafrechtlich wesentlicher Irrtum würde daher für ihn z. B. dann vorliegen, wenn er in Folge Verwechselung eine andere, als die beabsichtigte Person anstiftete (error in obiecto), oder wenn der Angestiftete in Folge eines Missverständnisses einen anderen verbrecherischen Entschluss fasste, als er, der Anstifter, in ihm erwecken wollte (aberratio delicti). Dagegen giebt es einen strafrechtlich wesentlichen Irrtum des Anstifters in Bezug auf den weiteren thatsächlichen Verlauf der That des Angestifteten ebenso wenig, wie einen auf diesen weiteren Verlauf bezüglichen Anstiftervorsatz. Von einem solchen Vorsatze könnte nur dann die Rede sein, wenn der Anstifter, wie es auf Grund der Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft geschieht, ebenso wie der Angestiftete als Urheber der gesammten Hauptthat betrachtet werden dürfte.

Mit Recht wird daher Schütze der Vorwurf gemacht, dass er bei seiner Entscheidung des Falles Rose-Rosahl die so sehr von ihm bekämpfte Auffassung der Anstiftung als Urheberschaft selbst vertrete[1]).

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass die Entscheidung Schütze's sowohl mit dem geltenden Rechte, als auch mit seiner eigenen Lehre von der Anstiftung unvereinbar ist. Ein strafrechtlich wesentlicher Irrtum des Anstifters kann sich nur auf den Erfolg der Anstiftung, nicht auf den von jenem völlig verschiedenen Erfolg der Hauptthat beziehen.

§ 11.

An dem von uns gewonnenen Ergebnisse, wonach der Vorsatz des Anstifters nur die Erweckung des verbrecherischen Entschlusses im Angestifteten, nicht aber die thatsächliche Ausführung der That umfasst, muss auch festgehalten werden, wenn es gilt, einzelne besondere Fälle zu entscheiden.

Es sind insbesondere drei Fälle, welche oft von den Gegnern herangezogen werden, um den Nachweis zu führen, dass man auf Grund der von uns vertretenen Begriffsbestimmung des Anstifter-

1) Vgl. H. Meyer S. 246 Anm. 34. Siegel, Verwechselungsfälle bei Anstiftung S. 22.

vorsatzes zu absurden und unmöglichen Entscheidungen geführt werden müsse.

Als erster Fall wird folgender angenommen:

A. stiftet den B. an, den C. zu ermorden. Er hat aber dabei von vornherein die feste Ueberzeugung, dass B. viel zu feig ist, um eine derartige That, wie den Mord an C., auszuführen, dass daher das Verbrechen nie begangen werden wird, und nur in dieser Ueberzeugung unternimmt er die Anstiftung. Nun fasst B. dennoch wider Erwarten auf Grund der Anstiftung den verbrecherischen Entschluss und führt die Ermordung des C. thatsächlich durch.

Angesichts dieses Falles wird darauf hingewiesen, dass nach der von uns vertretenen Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes der A als Anstifter zum Morde des C gestraft werden müsse, obgleich er diesen Verlauf der Thatsachen niemals vorausgesehen hatte und ganz gewiss seine anstifterische Thätigkeit niemals unternommen haben würde, hätte er das schreckliche Ende für möglich gehalten.

Zunächst ist diese Behauptung in solch allgemeiner Fassung nicht richtig, sie trifft nur für eine besondere, nicht für die regelmässige Gestaltung des Falles zu. Denn regelmässig wird der A, der den B für viel zu feig zur Begehung des Mordes an C erachtet, auch nicht für möglich halten, dass B überhaupt nur den Entschluss zur Ausführung dieses Mordes auf Grund der Anstiftung fassen werde. Zum Vorsatze des A würde aber auch nach unserer Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes die Vorstellung gehören, dass er durch seine anstiftende Thätigkeit in B diesen verbrecherischen Entschluss hervorrufe. Diese Vorstellung wird A, wie gesagt, regelmässig nicht haben. Daher liegt regelmässig auch von unserem Standpunkte aus eine vorsätzliche Anstiftung des A nicht vor, und A würde, da das Gesetz eine fahrlässige Anstiftung nicht kennt, nicht als Anstifter zu der thatsächlich geschehenen Ermordung des C gestraft werden können.

Liegt der Fall freilich so, dass A in der That die Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses in B als Wirkung seiner anstiftenden Thätigkeit vorausgesehen und sich lediglich darauf verlassen hat, es werde dem B nachher bei der Begehung der That der Mut zu ihrer Durchführung entsinken, so liegt zweifellos vorsätzliche Anstiftung zu der Ermordung des C vor. Wenn daher B, sei es auch wider Erwarten des A, den Mord an C auf Grund der Anstiftung

begeht, so ist A als Anstifter zu diesem Morde mit dem Tode zu bestrafen.

Das positive Recht betrachtet ja den Anstifter nicht als Verursacher des Erfolges der Hauptthat; es bestraft ihn daher auch nicht wegen dieses Erfolges, es bestraft ihn vielmehr lediglich wegen des Erfolges seiner Anstiftung, wegen der Bestimmung des Thäters zum Verbrechen. Allerdings thut es dies nur unter der Bedingung, dass auf Grund der Anstiftung eine strafbare Handlung des angestifteten Thäters erfolgt ist. Ob aber diese Bedingung der Strafbarkeit eingetreten sei oder nicht, ist rein objektiv zu entscheiden; auf subjektive Momente, wie z. B., ob der Anstifter an den Eintritt der Bedingung geglaubt, und wie er sich denselben vorgestellt hat, kommt es garnicht an.

Hat daher A vorsätzlich den Entschluss zur Tötung des C in B hervorgerufen, so haftet er für das daraufhin erfolgte Verbrechen des B, mag er an die Ausführung geglaubt haben oder nicht.

§ 12.

Zu demselben Ergebnisse kommt man bei der Beurteilung des zweiten oft herangezogenen Falles, wenn der Anstifter dem Angestifteten die Vollendung seiner That von vornherein unmöglich gemacht hat.

Es hat z. B. A den B angestiftet, den C zu vergiften, und ist auch nicht im Zweifel darüber, dass B zur Ausführung dieser That schreiten wird. Er teilt aber dem C schon vorher die Absicht des B mit, warnt ihn z. B. vor dem Genusse des vergifteten Getränkes, das ihm B beibringen will, und vereitelt daher von vornherein die Vollendung der That des B.

Ist in diesem Falle A wegen Anstiftung zu dem von B begangenen strafbaren Versuche zu bestrafen? Wir stehen nicht an diese Frage zu bejahen.

A hatte den Vorsatz, durch seine anstiftende Thätigkeit in B den Entschluss zur Vergiftung des C hervorzurufen, und B hat auf Grund dieser Thätigkeit jenen Entschluss gefasst: folglich liegt vollendete, vorsätzliche Anstiftung vor. Ferner hat B auf Grund der Anstiftung eine strafbare Handlung im Sinne des Gesetzes begangen: Folglich ist die zur Strafbarkeit jener Anstiftung erforderliche Be-

dingung gegeben. Einer weiteren Feststellung bedarf es nicht: A muss als Anstifter zu der begangenen strafbaren Handlung erscheinen.

Daher kann u. E. auch kein Zweifel bestehen, dass der sog. Agent provocateur stets als Anstifter zu der von dem Angestifteten begangenen strafbaren Handlung gestraft werden muss, mag sich diese Handlung als Vollendung oder lediglich als unbeendeter Versuch des Verbrechens darstellen.

Die eigentümliche Stellung des Agent provocateur, der in zahlreichen Fällen im Auftrage der Polizei, also einer staatlichen Behörde, handelt und an sich gar kein Interesse an der Begehung des Verbrechens besitzt, bildet wohl die Veranlassung dafür, dass man sich so sehr davor scheut, ihn dem gewöhnlichen strafbaren Anstifter gleichzustellen[1]).

Auch vom Standpunkte des geltenden Rechtes, von der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme aus, ist in neuerer Zeit von verschiedenen Seiten der Versuch gemacht worden, die Straflosigkeit des Agent provocateur zu rechtfertigen.

Nach der einen Ansicht stellt die Thätigkeit des Agent provocateur um des willen keine vorsätzliche Anstiftung dar, weil er nur die formelle, nicht die materielle Vollendung der That wolle[2]); nach der anderen soll sein Vorsatz wenigstens dann ausgeschlossen sein, wenn sein Wille überhaupt nicht auf Vollendung des Verbrechens durch den Angestifteten, sondern nur auf Begehung eines strafbaren Versuchs gerichtet war[3]).

Allein diese beiden Anschauungen sind mit dem geltenden Rechte und der Auffassung der Anstiftung als Teilnahme unvereinbar. Es ist schlechthin unzulässig, für die Frage nach dem Vorhandensein des Anstiftervorsatzes die Wünsche oder Absichten als massgebend zu erachten, die der Anstifter in Betreff der thatsächlichen Begehung der That gehegt hat. Man darf nicht vergessen, dass nach geltendem Rechte die That des Anstifters und die That des Thäters zu unterscheiden sind. Nur auf seine eigene That kann sich der Vorsatz des Anstifters erstrecken. Diese That besteht lediglich in

---

1) Vgl. aus älterer Zeit die Abhandlung von Glaser, Kleine Schriften S. 102 ff.

2) So Geyer H. H. II. 349 ff. H. Meyer S. 225.

3) So v. Liszt S. 201 Ziff. 3a. R. G. Entsch. XV. S. 315 ff.

der Bestimmung des Anzustiftenden zum Verbrechen, mit ihr ist sie vollendet. Wenn daher der vom Angestifteten gefasste verbrecherische Entschluss sich mit demjenigen deckt, den der Anstifter in ihm hervorrufen wollte, so liegt vollendete vorsätzliche Anstiftung vor. Die Frage nach dem Vorhandensein vorsätzlicher Anstiftung zu einem Verbrechen ist also bereits entschieden, ehe der Thäter das Verbrechen thatsächlich ausführt. Zwischen der wirklich begangenen That und dem Vorsatze des Anstifters giebt es keine Beziehungen mehr, und die Frage, ob das Bild der begangenen That dem Bilde entspricht, dass der Anstifter sich in seinem Geiste von ihr entworfen hatte, kann mit seinem Vorsatze nichts mehr zu thun haben.

Hat daher der Agent provocateur in dem Anzustiftenden denjenigen verbrecherischen Entschluss hervorgerufen, auf dessen Hervorrufung sich sein Vorsatz richtete, so ist er für jede auf Grund dieses Entschlusses von dem Angestifteten begangene strafbare Handlung als vorsätzlicher Anstifter verantwortlich. Stellt sich diese Handlung als strafbaren Versuch dar, so haftet er als Anstifter zum Versuche, und hat der Angestiftete das Verbrechen vollendet, so haftet der Agent provocateur als Anstifter zu diesem vollendeten Verbrechen, gleichgiltig ob er die Vollendung gewünscht hat, oder nicht [1]).

Diese Entscheidungen ergeben sich als die notwendige Consequenz aus der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme. Wenn zwischen der Anstiftung und der vom Angestifteten begangenen Hauptthat kein Kausalzusammenhang besteht, so giebt es zwischen ihnen auch keine subjektiven Beziehungen. Es ist daher nur selbstverständlich, dass die Vorstellungen, die sich der Anstifter über den Verlauf der Hauptthat gemacht hat, keinerlei Bedeutung für die Frage haben können, ob eine vorsätzliche Anstiftung vorliege oder nicht.

Gelangt man auf diesem Wege zu unbilligen Härten in der Rechtsprechung, so kann man lediglich den Schluss ziehen, dass die im Gesetze vertretene Auffassung der Anstiftung dem praktischen Bedürfnisse nicht genügt, keineswegs aber folgern, dass die auf dem Gesetze beruhende Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes unrichtig sei.

---

[1]) Ebenso Borchert S. 56 ff. Oppenhoff § 48 Ziff. 26.

§ 13.

Ganz besondere Schwierigkeiten bietet endlich der Fall, dass dem Angestifteten bei Ausführung der That ein error in obiecto wiederfahren ist.

Ein praktisches Beispiel dafür ist der bereits oben [1]) angeführte Fall Rose-Rosahl.

Der Mörder Rose hat infolge eines error in obiecto anstatt des Schliebe den Harnisch getötet. Nach der heute übereinstimmenden Ansicht ist der Thäter Rose trotz dieses error in obiecto der vorsätzlichen Tötung des Harnisch schuldig, der error in obiecto schliesst den Vorsatz des Thäters nicht aus, und Rose ist wegen Mordes des Harnisch zu bestrafen[2]).

Wie aber steht es nun mit dem Anstifter Rosahl? Haftet der Anstifter für den infolge error in persona des Thäters eingetretenen Erfolg, oder haftet er nicht dafür? Diese Frage wird auch von der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme aus sehr verschieden beantwortet.

Eine bedeutende Anzahl derjenigen Schriftsteller, die nicht nur von der unselbständigen Teilnahmenatur der Anstiftung, sondern auch von der gleichen Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes ausgehen wie wir, sind der Ansicht, dass im Falle eines error in obiecto auf Seite des Thäters keine vorsätzliche Anstiftung vorliege, dass also die Haftung des Anstifters für den eingetretenen Erfolg ausgeschlossen sei.[3])[4])

---

[1]) Vgl. o. S. 45.

[2]) Vgl. Hälschner I. 267. Anm. 2; Geyer in Goltzendorff's Rechtslexikon II. 402.

[3]) v. Schwarze S. 134. Ziff. 8a. Rubo S. 441 Ziff. 10. Olshausen § 48 Ziff. 15 b. β. Löning S. 96. Ziff. 3. Borchert S. 64.

[4]) Ein vollständiger Verzicht auf eine wissenschaftlich begründete Entscheidung der Frage findet sich bei H. Meyer (Lehrbuch S. 246).

Nach H. Meyer soll die Frage, ob ein dem Thäter begegneter error in obiecto als Excess anzusehen sei, d. h. die Zurechnung des Erfolges zum Vorsatze des Anstifters ausschliesse, „nach Lage des Gesetzes“ zu verneinen sein. Was aber unter den Worten „nach Lage des Gesetzes“ zu verstehen ist, ergiebt sich deutlicher aus der vierten Auflage des Meyer'schen Lehrbuchs; denn hier fügt H. Meyer jenen Worten die Begründung hinzu: „da nach diesem (d. h. dem Gesetze) nur die Wahl zwischen dieser Entscheidung und blosser Bestrafung nach § 49a gestellt ist.“ Vgl. H. Meyer Lehrbuch 4. Auflage S. 293 a. f. 294. — Das ist sicherlich eine unzureichende Motivirung.

Die Beweisführung dieser Schriftsteller geht von folgenden Gesichtspunkten aus. Sie weisen zunächst auf den zweifellos richtigen Satz hin, dass sich die Anstiftung stets nur auf eine bestimmte, konkrete That beziehen könne. Wenn nun der Angestiftete eine andere strafbare Handlung begangen habe, als diejenige, auf welche die Anstiftung gerichtet war, so sei der Thatbestand der strafbaren Anstiftung nicht erfüllt; denn das Gesetz verlangt, dass der Anstifter den Thäter „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung", vorsätzlich bestimmt habe. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob die vom Angestifteten begangene Handlung zu derselben Gattung von strafbaren Handlungen gehörte, wie diejenige, auf welche sich die Anstiftung bezog, oder ob dies nicht der Fall war. Es sei also gleichgiltig, ob der Angestiftete statt eines Mordes einen Raub beging, oder ob er statt eines Mordes an einer bestimmten Person einen Mord an einer anderen Person beging, mag diese Abweichung eine absichtliche oder eine unabsichtliche sein[1]. „Wenn die begangene strafbare Handlung sich mit derjenigen nicht deckt, zu welcher jemand einen anderen bestimmen wollte, so liegt Anstiftung überhaupt nicht vor, weil es infolge jener Disharmonie am Anstifter dolus fehlt"[2]. Naturgemäss treffe dies auch in denjenigen Fällen zu, in welchem infolge eines Irrtums des Thäters in der Person ein anderer Mensch getötet worden sei, als derjenige, auf den die Anstiftung gerichtet war; denn auf den Grund, aus welchem der Thäter von dem Ziele der Anstiftung abwich, ob aus Irrtum, ob aus Absicht, komme es ja nicht an. Vielmehr stehe fest, dass die That des Angestifteten sich nicht mit derjenigen decke, auf welche die Anstiftung gerichtet war, und dies genüge zur Ausschliessung des Vorsatzes: „Der Anstifter hat den Irrtum des Thäters nicht getheilt, er hat nicht angestiftet, auf den Menschen, welchen der Thäter sah, zu schiessen; der error in obiecto (sc. des Thäters) hat mit der Anstiftung nichts gemein und steht mit ihr in keiner ursachlichen Beziehung, es fehlt das „wissentlich" des § 48, Abs. 2[3].

Auf diesem Wege kommen die genannten Schriftsteller zu dem Ergebnisse, dass im Falle Rose-Rosahl der Anstifter Rosahl nicht

---

[1]) Vgl. insbesondere Rubo a. a. O.

[2]) Olshausen a. a. O.

[3]) v. Schwarze a. a. O.

wegen Anstiftung zum Morde des Harnisch verantwortlich gemacht werden kann.

Wenn wir gezwungen wären, uns ihrer Beweisführung anzuschliessen, so wäre damit allerdings ein schwerer Schlag gegen die von ihnen und von uns verteidigte Definition des Anstiftervorsatzes geführt. Denn darüber kann kein Zweifel bestehen, dass jenes Ergebniss mit der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme in schroffem Widerspruche steht.

Der Angestiftete hat lediglich auf Grund der Anstiftung das Verbrechen begangen, sein Irrtum war durch ausserhalb wirkende Kräfte herbeigeführt. Wenn nun die Anstiftung als unselbständige Teilnahme an der That des Angestifteten aufgefasst wird, so liegt kein Grund vor, wegen das error in obiecto den Anstifter straflos zu lassen, während der Angestiftete gestraft wird. Eine Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes, welche dieses Resultat nach sich zieht, muss sich in innerem Gegensatze zu der Auffassung der Anstiftung als accessorischer Teilnahme und somit im Widerspruche zu dem geltenden Rechte befinden.

Ist dies bei der von uns vertretenen Begriffsbestimmung des Anstiftervorsatzes der Fall? Haben jene Schriftsteller, welche diese Begriffsbestimmung mit uns verteidigen, wirklich eine richtige Folgerung aus ihr gezogen, indem sie den Anstifter im Falle eines error in obiecto des Thäters für straflos erklären? Ist ihre Beweisführung unanfechtbar?

Wir glauben, diese Fragen verneinen zu dürfen, denn wenn wir die Beweisgründe jener Schriftsteller genau prüfen, so kommen wir zu der Erkenntnis, dass auch hier wiederum eine Verwechselung des Erfolges der Anstiftung mit (dem Erfolge) der That des Angestifteten vorliegt.

Die Haftung des Anstifters wird bei ihnen allein von dem Verlaufe der That des Angestifteten abhängig gemacht. Ohne Rücksicht darauf, ob der Angestiftete auf Grund des ihm vom Anstifter eingepflanzten Entschlusses handelte, oder nicht, wird lediglich danach gefragt, ob der Verlauf der Hauptthat dem Ziele entsprach, das dem Anstifter vor Augen geschwebt hatte; und wenn dies letztere nicht der Fall ist, so soll Vorsatz des Anstifters und damit auch seine Verantwortung ausgeschlossen sein.

Demgegenüber ist immer und immer wieder darauf hinzuweisen, dass der Vorsatz des Anstifters nicht auf den konkreten Verlauf der Hauptthat gerichtet ist, sondern lediglich auf den Erfolg der Anstiftung, d. i. die Bestimmung des anderen zum Verbrechen, und dass es schlechthin unrichtig ist, über das Vorhandensein des Anstiftervorsatzes lediglich den Verlauf der Hauptthat entscheiden zu lassen.

Vielmehr stellt sich heraus, dass gerade bei denjenigen Fällen, wo durch error in obiecto des Thäters ein den Gedanken des Anstifters nicht entsprechender Verlauf herbeigeführt wird, der Vorsatz des Anstifters ohne Zweifel vollständig vorhanden ist und garnicht mehr ausgeschlossen werden kann.

Im Falle Rose-Rosahl hat z. B. der Anstifter Rosahl den Vorsatz, den Rose zur Tötung des Schliebe zu bestimmen, und auf Grund der Anstiftung hat Rose auch thatsächlich den Entschluss gefasst, den Schliebe zu töten; es liegt ganz zweifellos vollendete, vorsätzliche Anstiftung vor. Eine solche würde nur dann nicht vorliegen, wenn der Angestiftete den Anstifter falsch verstanden und deshalb einen anderen Vorsatz gefasst hätte, als der Anstifter in ihm erwecken wollte.

Die Gegner haben ganz recht mit der Behauptung, es komme für die Ausschliessung des Vorsatzes des Anstifters nicht darauf an, ob die vom Thäter begangene That nur durch die Verschiedenheit des Objektes oder überhaupt durch die Verschiedenheit der Gattung von dem Zwecke der Anstiftung abweiche.

In der That ist der Anstifter für den Erfolg ebenso wenig verantwortlich, wenn der Angestiftete in Folge Missverständnisses den Vorsatz des Raubes statt des Mordes fasst, wie wenn er statt des Mordvorsatzes gegen A den Mordvorsatz gegen B fasst, obgleich im letzteren Falle unter allen Umständen ein Mord vorliegt.

Aber in allen diesen Fällen bezieht sich der Irrtum des Thäters auf den Erfolg der Anstiftung; infolge des Irrtums tritt nicht derjenige Erfolg der Anstiftung ein, auf den sich der Vorsatz des Anstifters richtete, und daher liegt hier keine vorsätzliche Anstiftung vor[1]).

---

[1]) Es liegt aberratio delicti für den Anstifter vor. Vgl. o. S. 47.

Dagegen versteht im Falle Rose-Rosahl der Thäter den Anstifter ganz richtig, er fasst den Vorsatz, den der Anstifter in ihm erwecken wollte, es liegt vollendete vorsätzliche Anstiftung vor, und der error in obiecto bei Ausführung der That hat mit dem Anstiftervorsatze nichts mehr zu thun. Die Frage ist nicht, ob eine vorsätzliche Anstiftung vorliegt, sondern ob die vorliegende vorsätzliche Anstiftung strafbar sei.

Dieser Unterschied wird von den Gegnern verkannt, — sie sprechen fortwährend von Nichtvorhandensein des Anstiftervorsatzes.

So sagt Löning[1]): „Begeht der Thäter absichtlich oder unabsichtlich ein anderes, wenn auch gleichartiges Delikt (etwa an einer anderen Person), als der Anstifter sich bei der Anstiftung vorgestellt, so liegt insoweit kein Dolus des letzteren vor".

Am deutlichsten aber tritt die Verwechselung bei Olshausen hervor. Dieser sagt § 48, Ziff. 14 ausdrücklich: „Der Dolus des Anstifters besteht lediglich in dem Willen, den anderen zur Ausführung der betreffenden Strafthat zu bestimmen", und gleich darauf erklärt er unter Ziff. 15; dass es am Anstifterdolus fehle, wenn die begangene Handlung sich nicht mit derjenigen decke, zu welcher der Anstifter den Angestifteten bestimmen wollte — eine merkwürdige Inkonsequenz. Denn wenn der Anstiftervorsatz sich lediglich auf die Bestimmung des andern zu der betreffenden Strafthat richtet, so kann doch für seine Ausschliessung nur massgebend sein, dass der andere zu der betreffenden Strafthat nicht bestimmt wurde, nicht aber, ohne jede Rücksicht auf die Bestimmung des Angestifteten, dass die begangene Handlung sich nicht mit der vom Anstifter beabsichtigten deckte.

Gerade in dieser Hinsicht nehmen diejenigen Fälle, in denen durch error in obiecto des Thäters ein vom Anstifter nicht gewünschter Erfolg eintritt, eine charakteristische Stellung ein.

Wenn der Thäter nur infolge eines error in obiecto eine nicht gewollte Person tötet, so hat er nicht nur ganz richtig den Vorsatz gehabt, den der Anstifter in ihm erwecken wollte, sondern er hat auch während der ganzen Ausführung seiner That stets auf Grund dieses Vorsatzes gehandelt und den Wünschen des Anstifters gemäss zu handeln geglaubt.

---

[1]) a. a. O. S. 96 Ziff. 3.

Darauf allein muss das entscheidende Gewicht gelegt werden.

Wenn der Angestiftete infolge der Anstiftung den Vorsatz zu derjenigen That fasste, zu welcher ihn der Anstifter vorsätzlich bestimmen wollte, und wenn er während der Ausführung der That fortdauernd auf Grund dieses Vorsatzes handelte, so ist der Anstifter für den eingetretenen Erfolg haftbar, gleichgiltig ob derselbe seinen Wünschen entspricht oder nicht.

Daher ist der Anstifter für den eingetretenen Erfolg verantwortlich, wenn der Angestiftete infolge eines error in obiecto einen nicht beabsichtigten Erfolg herbeiführte, während er den der Anstiftung entsprechenden Erfolg herbeizuführen glaubte[1]).

Aber — könnte man einwerfen — das Strafgesetzbuch sagt doch im § 48, dass der Angestiftete diejenige strafbare Handlung begangen haben müsse, zu welcher er vom Anstifter vorsätzlich bestimmt oder wissentlich angestiftet worden sei. Im Falle Rose-Rosahl hat Rosahl den Rose zum Morde des Schliebe angestiftet, Rose hat aber den Harnisch ermordet, er hat also doch nicht diejenige strafbare Handlung begangen, zu der er angestiftet wurde!

Dem ist zu erwidern: Die Worte des § 48 R. St. G. B. können niemals so verstanden werden und werden auch gegenwärtig nicht so verstanden, dass die Frage, ob die Strafthat des Angestifteten die der Anstiftung entsprechende sei, lediglich mit Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg beantwortet werden müsste.

Wenn z. B. bei Ausführung des Mordes das Gewehr des Thäters zersprang, oder wenn der zu tötende A. zufällig einen Dowe'schen Panzer trug und die Kugel wirkungslos abprallte, so könnte man sehr gut sagen: Der Thäter war angestiftet, den A zu töten, er hat ihn aber nur zu töten versucht. Folglich ist seine strafbare Handlung nicht diejenige, zu welcher er angestiftet wurde: Sie ist ein Mordversuch und kein Mord. Der Anstifter kann dafür nicht strafbar sein. Und dennoch sind wir nicht im Zweifel darüber, dass wir in solchem Falle nicht nur den Thäter wegen Mordversuchs, sondern auch den Anstifter wegen Anstiftung zu diesem Mordversuche verantwortlich machen und bestrafen können.

---

1) Ebenso Oppenhoff § 48 Ziff. 44 (vgl. Ziff. 43).

Weshalb können wir dies thun? Weil wir uns mit Recht sagen: Nicht der konkrete Erfolg allein ist für die Zurechnung massgebend. Wenn der angestiftete Thäter nur in Folge eines Irrtums über die Vollendbarkeit seiner That, veranlasst durch einen ausserhalb seines Ideenganges wirkenden Zufall, an der Erreichung des beabsichtigten Erfolges verhindert wurde, so bleibt darum seine strafbare Handlung immer dieselbe, und der Anstifter kann bloss wegen des Nichteintritts des beabsichtigten Erfolges keinesfalls straflos werden, er haftet vielmehr als Anstifter zu der thatsächlich begangenen Handlung[1]).

Nun ist aber zweifellos richtig, dass auch „der Irrtum in der Person nichts anderes ist, als ein Irrtum in der Erreichbarkeit des Endzwecks, welcher durch den Tod eines bestimmten Menschen erfüllt werden sollte"[2]).

Dieser Satz muss vor allem festgehalten werden. Ebenso wie der Irrtum des Thäters über die Güte seines Gewehres oder über seine Kunst als Schütze einen ausserhalb seines Ideenganges wirksamen Zufall darstellt, welcher die Erreichung des beabsichtigten Erfolges verhindert, ebenso erscheint auch der Irrtum des Thäters über die Person seines Opfers als ein solcher freiwirkender Zufall[3]). Das „errare humanum est" beansprucht bei jeder menschlichen Handlung seine Geltung. Wenn der angestiftete Thäter infolge eines error in obiecto statt eines (bestimmten) Menschen einen Affen tötet, so werden wir ihn (wenigstens nach der Praxis des Reichsgerichts) wegen Mordversuchs und den Anstifter unzweifelhaft wegen Anstiftung zu diesem Mordversuche strafen. Und wenn der angestiftete Thäter infolge eines error in obiecto statt eines (bestimmten) Menschen einen anderen Menschen tötet, dann soll die Sache anders liegen und der Anstifter für den Erfolg nicht verantwortlich sein? Das ist keinesfalls zu rechtfertigen. Der Irrtum, auf Grund dessen der Thäter einen Menschen mit einem Affen verwechselt, und der Irrtum, auf Grund dessen er einen Menschen mit einem anderem Menschen verwechselt, bieten für die juristische Betrachtung nicht den geringsten Unterschied dar. Wenn durch den einen die Verantwortung des Anstifters nicht ausgeschlossen wird, so kann sie auch durch den anderen nicht ausgeschlossen

[1]) So die gemeine Meinung. Vgl. Olshausen § 48 Ziff. 17.
[2]) v. Holtzendorff H. H. III. 415.
[3]) Vgl. Hälschner G. A. VII. 442 a. f.

werden, dass der Erfolg sich infolge des einen als blosser Mordversuch, dagegen trotz des anderen als vollendeter Mord charakterisiert, kann keinen Unterschied begründen. Es kommt für die Haftbarmachung des Anstifters nicht darauf an, ob der Erfolg der Handlung des Angestifteten der Anstiftung entspricht, sondern darauf, ob die Handlung des Angestifteten auf Grund des dem Vorsatze des Anstifters entsprechenden verbrecherischen Entschlusses erfolgt ist.

Dies ist in jenen beiden Fällen in gleicher Weise gegeben. In beiden Fällen deckt sich der verbrecherische Entschluss des Angestifteten mit demjenigen, den der Anstifter in ihm hervorrufen wollte, und nur der Erfolg der Hauptthat ist in Folge eines Irrtums über die Vollendbarkeit nicht der beabsichtigte.

So kommen wir zu dem Ergebnisse, dass der Anstifter auf Grund der von uns vertretenen Definition seines Vorsatzes für den lediglich in Folge error in obiecto des Thäters eingetretenen, nicht beabsichtigten Erfolg als vorsätzlicher Anstifter verantwortlich zu machen ist.

Dieses Ergebniss entspricht der vom Strafgesetzbuche angenommenen unselbständigen Natur der Anstiftung und ist somit ein neuer Beweis dafür, dass die von uns vertretene Definition des Anstiftervorsatzes sich in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte befindet. Die Entscheidung derjenigen Schriftsteller, die zum entgegengesetzten Ergebnisse kommen, hat sich als unrichtig herausgestellt.

Schluss. §. 14.

Durch die vorstehenden Ausführungen glauben wir die von uns aufgestellte Begriffsbestimmung des Vorsatzes des Anstifters gegenüber den abweichenden Ansichten genügend verteidigt und in ihren praktischen Konsequenzen beleuchtet zu haben.

Wir haben gesehen, dass der Wortlaut des § 48 des Reichsstrafgesetzbuchs es nicht gestattet, die Anstiftung als selbständige Urheberschaft der begangenen Hauptthat aufzufassen. Nach Ansicht des Gesetzes wird die Hauptthat nur vom Angestifteten begangen und verursacht. Der Anstifter erscheint lediglich als unselbständiger Teilnehmer an der Hauptthat, insofern er den Thäter zu ihrer Begehung bestimmt hat. Mit der Bestimmung des

Angestifteten zu dem vom Anstifter gewünschten Verbrechen ist die Anstiftung vollendet.

Als Erfolg der Anstiftung stellt sich daher lediglich die Erweckung desjenigen verbrecherischen Entschlusses im Thäter dar, welcher den Wünschen des Anstifters entspricht. Auf diesen Erfolg ist der Vorsatz des Anstifters gerichtet, nur dieser Erfolg, keineswegs aber der konkrete Verlauf und Erfolg der vom Angestifteten begangenen Hauptthat, wird von seinem Vorsatze umfasst.

Der Vorsatz des Anstifters besteht daher in der Vorstellung (dem Willen) des Anstifters, dass er durch seine Thätigkeit einen Anderen zu dem der Anstiftung entsprechenden Verbrechen bestimme, d. h., dass er in einem Anderen den Entschluss hervorrufe, das der Anstiftung entsprechende Verbrechen zu begehen [1]. Seine Bestandteile sind mithin:

1. Die Vorstellung (Wollen) der eigenen anstifterischen Thätigkeit.
2. Die Voraussicht (Wollen) des in dem Anderen hervorgerufenen verbrecherischen Entschlusses.

Insofern als der Anstifter den Entschluss zur Herbeiführung eines bestimmten verbrecherischen Erfolges zu er-

[1]) Dabei kommt es u. E. nicht darauf an, dass der Anstifter sich an eine individuell bestimmte Person wende, es genügt auch zur Annahme vorsätzlicher Anstiftung, dass der Anstifter sich an einen begrenzten Kreis von Personen gewendet und dadurch eine Person aus diesem Kreise zu der betreffenden strafbaren Handlung bestimmt hat. Dagegen spricht allerdings der Wortlaut des § 111 St. G. B., insofern hiernach derjenige, welcher öffentlich vor einer Menschenmenge u. s. w. zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, wenn die Aufforderung die strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch derselben zur Folge gehabt hat, „gleich dem Anstifter“ — also nicht ohne weiteres „als Anstifter“ — bestraft werden soll. Indessen der Begriff der Anstiftung muss in erster Linie aus dem Wortlaut des § 48 des Strafgesetzbuchs erklärt werden, und dieser führt zu der zuerst verteidigten Ansicht. Der § 111 erscheint darnach als sachlich entbehrlich, indem er durch die Bestimmungen des § 48 gedeckt wird. Ebenso v. Schwarze, Sächs. G. Z. XV. 298 f. Geyer H. H. IV. 151. vgl. Grundriss II. 135 f. Rubo § 48 Ziff. 2. Hälschner II. 800. Olshausen § 48 Ziff. 8. vgl. Ziff. 15a. Borchert Strafr. Verantw. S. 66. — A. M. Oppenhoff § 48 Ziff 22a. v. Liszt S. 547. Rüdorff — Stenglein § Ziff. 8 und § 111 Ziff. 2. Motive zum I. Entwurf § 42 R. G. Entscheidungen III. 146, O. T. in Oppenhoff's Rechtsprechung XIX. 468.

wecken trachtet, gehört hierzu auch die Voraussicht der zu begehenden That, insbesondere der ihre Strafbarkeit begründenden gesetzlichen Voraussetzungen [1]).

3. Die Vorstellung, das der Entschluss des Anderen durch die eigene anstifterische Thätigkeit hervorgerufen sei, also die Vorstellung der Kausalität der letzteren für den ersteren. —

Am Schlusse der Arbeit möchten wir nochmals betonen, dass wir die aus unseren Ausführungen gewonnenen Ergebnisse nur angesichts des geltenden Rechts für richtig halten. De lege ferenda stehen wir durchaus auf dem Standpunkte derjenigen, die die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft auffassen.

Aber so weit ist unsere Gesetzgebung heute noch nicht. Wir müssen uns bewusst bleiben, dass das Reichsstrafgesetzbuch das Dogma der unselbständigen Teilnahmenatur der Anstiftung vertritt, und dass wir daher die den Anstifter betreffenden Fragen von diesem Dogma aus zu entscheiden haben.

Mit vollem Rechte hebt Birkmeyer hervor: „Wir müssen das Gesetz so anwenden, wie es die Konsequenz seines Dogmas, wenn es richtig wäre, mit sich bringt; einerlei ob wir es für richtig halten oder nicht, einerlei ob es richtig ist oder nicht. Unser Unglaube bezüglich des Dogmas, welches dem Gesetz zu Grunde liegt, hätte von vornherein keine Gewalt über seine aus dem Dogma geflossenen Bestimmungen. Selbst der etwa geführte Beweis von der Unrichtigkeit des Dogmas würde jenen Bestimmungen nach dem Satze cessante ratione legis non cessat lex ipsa kein Jota von ihrer verbindlichen Kraft rauben. Er könnte nur für den Gesetzgeber den Anstoss zur Abänderung des als auf falscher Grundlage ruhend erkannten Gesetzes liefern“ [2]).

[1]) Vgl. darüber die Ausführungen oben S. 35—37.

[2]) Birkmeyer, Teilnahme S. 118.



Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz.

Von

Dr. jur. **Karl Klee.**

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Professor Dr. Kohler, Berlin.

INHALT.

pag.

§ 1.

Der Vorsatz im allgemeinen 1

§ 2.

Der strafrechtliche Vorsatz insbesondere 2

§ 3.

Der Wille und die Rechtswidrigkeit der Handlung 14

§ 4.

Der Wille und das Recht des Wissens 27

§ 5.

Der Satz „error (ignorantia) juris nocet“ 40

§ 6.

Dogmengeschichtliches 57

§ 7.

Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts 67

§ 8.

Schlussbetrachtung 77

„Plus in re est quam in existimatione mentis."

§ 1.

Der Vorsatz im allgemeinen.

Jede Willensbethätigung, sei sie positiver oder negativer Natur, ein Thun oder ein Unterlassen, erfordert, wenn der Handelnde den in seine Vorstellung aufgenommenen Erfolg aus einem Bilde seiner Gedankenwelt zu einer Thatsache der Wirklichkeit werden lassen will, den Vorsatz.

Vorsätzliche Handlung ist bewusste Verwirklichung des in der Vorstellung concipierten, nach greifbarer Gestalt ringenden Erfolges.

Die fahrlässige Handlung setzt auch eine Thätigkeit des Willens voraus, sonst wäre sie nicht „Handlung", welche eben Willensbethätigung ist: aber der mit der Notwendigkeit des Natur-Kausalismus eintretende Erfolg ist nicht Eigenthum des Handelnden in demselben Sinne wie der auf Grund vorsätzlicher Handlung eintretende Erfolg.

Fahrlässige Handlung ist die unbewusste Verwirklichung eines Erfolges. Die in der Aussenwelt vor sich gegangene Veränderung ist dem Thäter etwas fremdes: er hat getötet, aber er wollte nicht töten: er hat einen Menschen getötet, er wollte ein Tier töten. Nichtsdestoweniger ist die That zurechenbar, weil diejenige Handlung, welcher der nicht gewollte Erfolg entsprungen ist, auf seinen Willen zurückführbar ist: Der Thäter hat das Gewehr abdrücken wollen, welches das Unheil gewirkt hat.

Vorsätzlich gehandelt hat, wer den Erfolg seines Thuns oder Unterlassens vorausgesehen hat, ob er ihn nun gewünscht hat oder nicht. Wer ihn nicht vorausgesehen hat, ihn unter den obwaltenden Umständen aber hätte voraussehen können, hat fahrlässig gehandelt.

Zufall ist gegeben, wenn jemand auch bei gehöriger Sorgfalt, wie er sie als Glied des gesellschaftlichen Organismus zu prästieren hat, den Erfolg nicht hätte voraussehen können. Von Handlung ist dann nicht mehr die Rede und demzufolge auch nicht von Verantwortlichkeit

„Handlung“ liegt nur vor in den Fällen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit, und unter diesen wieder ist es der Vorsatz, welcher die schärfere Anspannung des Willens aufweisst: Die vorsätzliche Handlung ist die Handlung κατ' ἐξοχήν. Sie weist das untrügliche Gepräge des menschlichen Willens auf, während die Grenze zwischen der Fahrlässigkeit und dem irresponsablen Zufall eine oft undeutliche, schwankende ist. Die vorsätzliche Handlung ist vom Handelnden nicht zu verleugnen; sie ist ein Stück des Individuums selbst, welches seinen Willen unmittelbar in der Aussenwelt objektiviert, sich im Spiegel seiner Thaten wieder erkennt.

Der Künstler, der ein Kunstwerk bilden, der Privatmann, welcher einen Kaufvertrag abschliessen, der Verbrecher, welcher einen Mitmenschen aus dem Wege schaffen will, sie alle bedienen sich des Vorsatzes als eines unentbehrlichen Willenshebels.

Wie weit nun muss dieser Vorsatz reichen, worauf muss er sich erstrecken, damit von einem vollendeten „Kunstwerke“, „Kaufe“, „Verbrechen“ die Rede sein kann? Genügt es, dass derjenige Akt, welcher die Voraussetzung des erstrebten Effektes ist, in die Vorstellung aufgenommen ist; dass also der Künstler seinen Willen auf das Malen, der Käufer auf den Abschluss des Kaufgeschäfts, der Verbrecher auf den Akt der Tötung gerichtet hat, oder muss hinzukommen, dass der Künstler das Bewusstsein hat, ein „Kunstwerk“ zu leisten, dass der Käufer sich über die Wirkungen des Kaufes nach allgemeinem Landrecht oder nach gemeinem Recht klar ist, muss insbesondere der Verbrecher daran denken, ein „Verbrechen“ zu begehen? Ist die „Zurechenbarkeit“ der Handlung, ihre Beurteilung, im einen Falle die ästhetische, im andern die juristische, davon abhängig, dass der Handelnde sich des objektiv feststehenden Charakters seiner Handlung bewusst gewesen ist?

§ 2.

Der strafrechtliche Vorsatz insbesondere.

Die am Schluss des vorigen Paragraphen aufgeworfene Frage ist für das Gebiet des Strafrechts eine Kardinalfrage. Sie stellt uns mitten in den Streit der Theorien über den strafrechtlichen Vorsatz, über den „Dolus“. Zwei feindliche Gruppen sehen wir sich einander gegenüber stehen: Die eine beschränkt den kriminellen Vorsatz auf den sinnlich wahrnehmbaren Akt, welcher nach positivem Recht ein

Verbrechen darstellt, die andere misst dem Bewusstsein des Thäters von der Qualität seiner Handlung entscheidende Bedeutung bei. Dort ist ausreichend, dass eine objektiv strafbare Handlung vorhanden ist, hier ist die Zurechnungsfrage auch dadurch bedingt, dass die Handlung subjektiv strafbar ist — dies wäre wenigstens das Konsequenteste, wie sich noch zeigen wird. Zumeist begnügt man sich jedoch mit einer schwächeren Schattierung der strafbaren Handlung und gelangt dazu durch den Schluss, dass eine strafbare Handlung stets zugleich eine rechtswidrige, eine unsittliche u. s. w. sein muss. So sucht man das massgebende Moment teils im rechtlichen, teils im ethischen Charakter der Handlung.

Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als begriffswesentlich für den Vorsatz fordert Binding auf Grund seiner Normtheorie, die wegen ihrer Wichtigkeit für die Lehre vom Vorsatz hier in Kürze darzustellen ist.

Jedem Strafgesetz liegt nach Binding eine gebietende oder verbietende Norm zu Grunde, ein „Du sollst“ oder „Du sollst nicht.“ Man gewinnt die Norm, indem man den ersten Teil eines jeden Strafgesetzes umwandelt in einen Befehl oder ein Verbot, in der daselbst bezeichneten Weise zu handeln. Die Norm für Mord und Totschlag heisst demnach „Du sollst nicht töten“ u. s. f. Begrifflich geht, wie Binding sagt, die Norm jedem Gesetz strafrechtlichen Inhalts voraus, bereits vor ihm ist sie existent, und die nachfolgende Strafsatzung hat weiter keine Funktion, als Art und Mass des auf die Übertretung der Norm stehenden Übels zu bestimmen. Die Unterthanen verpflichtet von beiden nur die Norm, während die Strafsatzung sich nicht an die Objekte sondern die Subjekte der Staatsgewalt wendet, nicht als eine Berechtigung resp. Verpflichtung des Staates statuiert, von seiner ihm zustehenden Strafgewalt den angemessenen Gebrauch zu machen, der Norm mit dem im Einzelfall gebotenen Nachdruck Geltung zu verschaffen. Gegen das Strafgesetz verstossen kann nur der Staat selbst, indem er an rechter Stelle nicht straft, an unrechter straft, in casu zu schwere oder zu milde Strafe verhängt; die Übertretung des Normimperativs, des eigentlich Wesentlichen, ist dem Verbrecher vorbehalten. Woher rührt nun die Pflicht des Individuums, der Norm den von ihr geforderten Gehorsam zu leisten? Klar ist, dass, wenn die Strafsatzung, wie gesagt, für sich mit verpflichtendem Charakter dem Individuum gegenüber nicht ausgerüstet ist, sie auch der Norm diesen

Charakter nicht beilegen kann. Woher wird also der Norm die rechtlich verbindliche Kraft? Binding's Antwort lautet: Der Rechtscharakter ist der Norm als solcher immanent; sie hatte ihn, bevor der Staat ihr seinen Strafschutz schenkte; die Zufügung der Straffolge ist keineswegs Voraussetzung für die Verpflichtungskraft der Ge- oder Verbotsnorm, kann es für die Normtheorie gar nicht sein.

Freilich, ist mir bekannt, dass die Rechtsordnung die Nichtbefolgung einer Norm mit empfindlichen Rechtsfolgen bedroht, weiss ich, dass ich bestraft werde, wenn ich etwas thue oder lasse, so habe ich darin nicht nur ein Indiz, sondern vollen Beweis dafür, dass die Norm eine rechtlich verpflichtende ist.[1]) Doch man vergesse darüber nicht: Auch losgelöst von jeglicher Strafbestimmung beansprucht die Norm reale Existenz: von selbständigen Bedingungen ist sie getragen und nicht angewiesen auf die Strafsatzung, welche zwar eine sie für die Augen der Individuen in's Licht stellende Begleiterscheinung ist, nicht aber die sie mit Rechtskraft versehende Quelle. Und aus dieser absoluten Selbständigkeit[2]) der Norm leitet Binding folgenschwere Sätze für den Vorsatz ab:

Da das Wesen der strafbaren Handlung in der bewussten Auflehnung gegen den Imperativ der Norm liegt, so ist zum Vorsatz Bewusstsein der Normwidrigkeit oder[3]) was dasselbe ist, Kenntnis der durch sie begründeten Rechtspflicht erforderlich; „ohne Kenntnis der Norm keine Fähigkeit so zur Pflichthandlung wie zum Delikt.“ Die Gehorsamspflicht entsteht erst mit der Kenntnis der Norm und durch dieselbe. Und auf Verletzung dieser Gehorsamspflicht muss derjenige, welcher eine strafbare Handlung begeht, notwendig seinen Vorsatz richten, da eben das Wesen des Verbrechens im Ungehorsam gegen die Norm besteht, wie analog das Wesen der Unsittlichkeit im Ungehorsam gegen den der praktischen Vernunft als Sittengesetz beigegebenen kategorischen Imperativ. Ohne jedwede Bedeutung ist das Bewusstsein, sich mit dem Strafgesetz in Widerspruch zu setzen, da

---

[1]) Binding, Normen I 2 A. S. 44.

[2]) Dafür, dass die Norm unabhängig ausserhalb der Strafgesetze steht, scheinen Binding vor allem die Paragraphen des R.St.G.B. zu zeugen, in welchen nur die Strafdrohung reichsgesetzlich bestimmt ist, die Feststellung des Thatbestandes aber dem Kaiser, Bundesrat u. s. w. überlassen wird. Diese „Blankettgesetze“ betonen nach B. energisch „das Exoterische“ der Norm.

[3]) Binding l. c. II S. 63. 67.

dieses als solches für den Unterthanen nicht verbindlich ist. Deswegen unterscheidet Binding für die Vorsatzlehre „Delikt“ und „Verbrechen“; Delikt ist die verbotene Handlung als solche, Verbrechen dagegen ein Thatbestand, an welchen Straffolgen geknüpft sind.[4])

Es kann nur einen Deliktsvorsatz, als welcher auf die verbotene Handlung an sich abzielt, geben; der Verbrechensvorsatz, d. h. der Vorsatz, welcher sich auf die des Imperativs entbehrenden Straffolgen erstreckt, wie Binding sagt, der Vorsatz der „qualifizierten Normübertretung,“ ist belanglos. Der Binding'sche Vorsatz charakterisiert sich kurz als „das Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruches zu der Norm, unter welche sie fällt“[5]). Aus dieser Begrenzung des Vorsatzbegriffes ergiebt sich, dass im Hinblick auf die Zurechnungsfrage der Irrtum des Thäters über das Strafgesetz, Art und Maas der Straffolgen, wie überhaupt über jedes Merkmal, welches die Strafbarkeit einer Handlung bedingt oder beeinflusst, nicht in Betracht kommt. An folgenden Beispielen sei der Gegensatz zwischen „Delikt“ und „Verbrechen“ illustriert:

A. hat den B. erschlagen, ohne zu wissen, dass B. sein Vater ist. Die Ascendentenqualität des Erschlagenen ist ein Strafbarkeitsmerkmal, sie erhöht die auf den einfachen Totschlag gesetzte Strafe. Der Irrtum über ein Strafbarkeitsmerkmal kann aber dem Vorsatz seinen wesentlichen Inhalt nicht nehmen, welcher damit gegeben ist, dass, wie Binding sich ausdrückt, der B. „ein anderer“ ist und der Wille des A. auf den Tod dieses „andern“ ging. Die Norm „Du sollst nicht töten“ lebte in der Vorstellung des Thäters, und diese Kenntnis der „Deliktsnatur“ der That reicht zur Imputation der That aus. Das Normwidrigkeitsmerkmal (Deliktsmerkmal) ist erfüllt, mithin der A. des Totschlags schuldig.

Ist jemand der irrtümlichen Meinung, seinen Descendenten zu bestehlen, er bestiehlt aber einen Nichtdescendenten, so kann er einen Strafausschliessungsgrund für sich nicht in Anspruch nehmen auf Grund des im Interesse der Heiligkeit des Familienfriedens und nicht zu Gunsten des Diebes vom § 247 R.Str.G.B. aufgestellten Privilegs. Zu seiner Strafbarkeit muss genügen, dass er sich bewusst war, einen Diebstahl zu begehen. Der Ehebrecher, der vorsätzlich die Ehe bricht, braucht

---

[4]) Binding l. c. II S. 463/64.

[5]) Binding l. c. II S. 403.

nicht zu wissen, dass er der Strafe verfällt, wenn die Ehe um des Verbrechens willen geschieden wird: im Sinne des Strafgesetzes ist er ein „Ehebrecher," weil er die Norm „Du sollst nicht Ehe brechen" mit Bewusstsein übertreten hat.

Obige Beispiele zeigen, dass der Vorsatz kein „Verbrechensvorsatz" ist, dass das „hervorstechendste allgemein wesentliche Merkmal des Verbrechens als der mit Strafe belegten Rechtsverletzung, die Strafbarkeit, im Bewusstsein des Thäters auch nicht in der leisesten Schattierung vorhanden zu sein braucht"[6]).

Prüfen wir nunmehr die positive Seite der Binding'schen Lehre, welche mit ebenderselben Entschiedenheit, mit der sie den „Verbrechensvorsatz" verwirft, für den „Deliktsvorsatz" eintritt.

Beachtlich ist nach Binding nur der Irrtum über das Verbotensein der Handlung, über ihre „Deliktsnatur"; aber dieser Irrtum ist auch der schwerwiegendste und schliesst die Zurechnung unter allen Umständen aus.

Gesetzt den absonderlichen Fall, jemand, und zwar ein Zurechnungsfähiger — denn um einen solchen kann es sich nur handeln, wenn die Zurechenbarkeit einer That in Frage steht — kennt die Norm „Du sollst nicht töten" überhaupt nicht; unmöglich könnte der Staat ihn als Totschläger oder Mörder bestrafen.

Nehmen wir einmal an, jemand sei, wie Rousseau's Emile, abgetrennt von jeglicher Civilisation aufgewachsen und geriete plötzlich unter die Gesellschaft des gesitteten modernen Europas; nicht unwahrscheinlich ist es, dass ein solches Individuum auf eine geringfügige Kränkung ohne Skrupel mit Totschlag reagieren würde, ein Verfahren, welches des Thomasius „Totschlagsmoral" für den Naturzustand rechtfertigt. Das Pflichtmotiv konnte hier im Gewissen des Thäters nicht wirksam werden, das Bewusstsein der Normwidrigkeit konnte in ihm gar nicht aufkommen, ebensowenig wie bei zur Schau vorgeführten Kannibalen, die sich, plötzlich vom Taumel ihrer Wildheit gefasst, unter das Publikum stürzen, um ihren tierischen Gelüsten zu fröhnen.

Man sähe sich in die heikle Situation versetzt, die Armen zu bemitleiden, dass ihnen nicht einmal das Kardinalgebot aller Menschheit gegenwärtig sei. Nur gut, dass die Notwehr und die Vernunft nicht Zeit liessen zu der juristischen Erwägung: von Rechts wegen dürfte über jene Unmenschen keine Strafe verhängt werden.

6) Binding l. c. II S. 466.

Die beiden letzterörterten Fälle wollen wir jedoch um ihrer hypothetischen Existenz willen nicht zum Wertmesser der Normtheorie stempeln. Vielmehr wollen wir uns auf den Boden der Binding'schen Theorie selbst stellen und sie mit ihrem eigenen Masse messen. Nur so können wir sie auf ihre innere Konsequenz hin prüfen. Und an dieser inneren Konsequenz werden wir irre, wenn wir näher zusehen. Denn Binding selbst führt seine Theorie nicht scharf durch und behilft sich an einer Stelle mit einem im Grunde unbefriedigenden Auswege. An folgenden Beispielen werde dies klar:

Jemand tötet seinen Mitmenschen auf dessen Verlangen, er erlöst ihn dadurch von Todesqualen. Zwar ist ihm die Verbotsnorm, welche das fünfte Gebot des Dekalogs ausspricht, wohl bekannt, aber er vindiziert sich im konkreten Falle ein Ausnahmerecht; er beruft sich auf den Satz: „volenti non fit injuria," ohne sich darüber Gedanken zu machen, dass das Gut des Lebens ein unveräusserliches, im öffentlichen Interesse unverzichtbares Recht ist. Soll der Thäter straflos sein, soll ihm die That nicht „zugerechnet" werden?

„Nur Normunkenntnis als solche entschuldigt, nicht Unkenntnis der Grenze zwischen Norm und Ausnahme" lautet Binding's Antwort [7].

Von unwiderstehlichem Rachetrieb, welcher mit elementarer Gewalt die ihm von der Gesellschaft gesetzten Schranken durchbrechend an die erste Kindheit des Strafrechts gemahnt, hingerissen, mordet der Sohn den bereits zum Tode verurteilten Mörder seiner Mutter.

Sein Vorsatz entspringt der Erwägung, der zum Tode Verurteilte sei bereits ein Kind des Todes, und dem Staate könne es einerlei sein, ob der Verbrecher einen Tag früher oder später zu den Toten zähle.

Auch hier heisst es „nur Normunkenntnis als solche entschuldigt".

Noch deutlicher tritt die Grenzverrückung zwischen Norm und Ausnahme im Kopfe des Thäters zu Tage in einem von Osenbrüggen [8]) mitgeteilten Falle, wo ein Bauer mit Hilfe seiner ohne Bedenken herbeieilenden Nachbaren seinen vom tollen Wolfe gebissenen Sohn in den Bettkissen erstickt, um dessen unsäglichen Leiden ein Ziel zu setzen. Die Bauern glaubten damit etwas durchaus erlaubtes gethan zu haben; sie beriefen sich auf eine alte beglaubigte Erzählung,

---

7) Binding l. c. II S. 69.

8) Abhandlungen a. d. Strafrecht S. 33.

wonach vor längeren Jahren im selben Dorfe mehrere von der Wasserscheu befallene Leute ungestraft erstickt worden waren.

Hier wird die Norm „Du sollst nicht töten“ so sehr in den Hintergrund gedrängt, dass das vermeintliche Ausnahmerecht kaum mehr in Bezug auf die Regel der Norm gedacht wird, vielmehr im Bewusstsein der Thäter selbständige Existenz annimmt. Die Überzeugung der Thäter, recht zu thun, fällt so wuchtig in die Wagschale — man denke an die Berufung auf die für die Begriffe der Bauern einen herkömmlichen Brauch, um nicht zu sagen eine Art Gewohnheitsrecht, enthaltende Erzählung —, dass die Norm im Schatten der Ausnahmeberechtigung zu einem unkennbaren Nichts zusammenschwindet, die Ausnahme den Charakter der Ausnahme völlig verliert.

Mit der Kenntnis der Norm in abstracto, wie sie Binding für ausreichend erklärt, kann man sich in den dargestellten Fällen nicht begnügen: namentlich im letzten Falle wäre die Bestrafung der Bauern nicht darauf zu bauen.

Soll einmal Kenntnis der Norm Voraussetzung der Strafbarkeit sein, so muss wirkliche, bestimmte Kenntnis verlangt werden. Diese fehlt aber bei demjenigen, welcher im Unklaren über Regel und Ausnahme ist. Wenn Binding[9]) sagt: „Die irrtümliche Nichtsubsumtion der Handlung unter die Norm ist der allein relevante Irrtum“, so scheint es uns keinen wesentlichen Unterschied zu machen, ob diese Nichtsubsumbtion deswegen stattfindet, weil die Norm unbekannt oder weil sie in concreto falsch aufgefasst wird. Ihre Aufgabe, den Thäter mit seiner Gehorsamspflicht bekannt zu machen, kann sie in beiden Fällen nicht erfüllen. Es läuft auf das nämliche hinaus, ob jemand so schlechte Augen hat, dass er die Turmuhr überhaupt nicht sehen, oder dass er bloss die Stellung der Zeiger nicht erkennen kann; in keinem Falle weiss er, wie spät es ist.

Doch noch eine weitere Konsequenz aus der Normtheorie lässt sich nicht umgehen.

Wie wir gesehen haben, ist für Binding allein beachtlich der Irrtum über das Verbotensein der Handlung. Dieser Irrtum nun sei ein „echter Irrtum über Thatumstände“, bemerkt Bindig in Anknüpfung an die Worte des § 59 R.Str.G.B. „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören“. Wenn Binding behauptet[10]):

---

[9]) Binding l. c. I S. 93.
[10]) l. c. II, S. 607.

„Es giebt keinen Thatumstand, welcher für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre, als gerade das Verbotensein der Handlung" — so hält ihm Ortmann[11]) mit vollem Recht entgegen, ebenso gut könne man sagen: „Es giebt keinen Thatumstand, welcher für den Thatbestand der Verbrechen wichtiger wäre als gerade das Strafbarsein der Handlung". Erklärt doch Binding selbst die Strafbarkeit für das „hervorstechendste, allgemein wesentliche Merkmal des Verbrechens".

Und stellt man sich man einmal auf den Standpunkt, welchen die Normtheorie einnimmt, dass der Thatbestand eines Verbrechens durch die Gesamtheit der wesentlichen Merkmale incl. der allgemeinen, einem jeden Verbrechen eigentümlichen, gebildet wird, so wird man sich der Folgerichtigkeit des Schlusses nicht entziehen können, dass das Bewusstsein von der Strafbarkeit der Handlung zum Begriffe des Vorsatzes gehöre[12]).

Überdies, erweist sich denn der von Binding konstruierte Gegensatz zwischen Norm und Strafsetzung, Delikt und Verbrechen, für die strafrechtliche Betrachtung überhaupt fruchtbar? Höchstens liesse sich dies vertreten in Ansehung derjenigen Fälle, wo der Thäter wohl vom Unerlaubtsein seiner Handlungsweise weiss, die sich daran knüpfenden Straffolgen aber nicht kennt (cf. pag. 5 u. 6.).

In einer grossen Zahl von Fällen[13]) schliesst aber die Unkenntnis der Strafbarkeit die Unkenntnis des Verbotenseins der Handlung in sich, und dies notwendig überall da, wo die strafbare Handlung durch keine andere Verbotsnorm als durch das Strafgesetz verboten ist, wo die Norm erst durch das Strafgesetz ins Leben gerufen ist. Hier trifft nicht zu, was Binding als allgemeine Regel aufstellt, dass die Norm als das Primäre der Strafsatzung voraufgeht. Denken wir uns hier das Strafgesetz fort, so müssten die durch dasselbe verpönten Handlungen als rechtlich voll angesehen werden; vergebens sähen wir uns nach einem civilrechtlichen oder sonstigen Verbot um, welches die Handlung diskreditierte, sie unter das Niveau des rechtlich Erlaubten herabdrückte — gar nicht davon zu reden, dass vom Stand-

---

[11]) Strafbarkeitserkenntniss als Schuldvoraussetzung S. 31.

[12]) Für das R.St.G.B. beweist der § 56, wie Ortmann fälschlich annimmt, keineswegs, dass das Bewusstsein der Strafbarkeit zum Begriff des Vorsatzes gehört; denn im § 56 ist nicht von der Erkenntniss der Strafbarkeit die Rede, sondern von der dazu erforderlichen Einsicht. Und dies mit der Einschränkung auf jugendliche Verbrecher!

[13]) Z. Folg. vergl. Lucas, subjektive Verschuldung S. 81 ff.

punkt einer konniventen Durchschnittsmoral nichts gegen sie einzuwenden wäre. Lediglich auf Grund positiver Strafbestimmung haben die hier in Rede stehenden Handlungen ihr rechtlich indifferentes Wesen eingebüsst, ihr harmloses Aussehen mit der Physiognomie „verbrecherischer“ Handlungen vertauscht. Teils polizeiliche Zweckmässigkeitsgründe, teils soziales Bedürfnis, mehr oder weniger nüchterne Erwägungen des Staatsinteresses haben diese Strafgesetze erzeugt, weswegen man von ihnen zu sagen pflegt, sie gehörten weniger dem „natürlichen“ als dem „rein positiven“ Rechte an. Greifen wir z. B. den Kanzel-Paragraphen des R.St.G.B. heraus. Vor der Emanation des § 130a existierte die von ihm aufgestellte Norm in keiner Gestalt. Vor 1871 war es rechtlich durchaus erlaubt, vom Standpunkt der Kirche aus nur lobenswert, wenn ein Geistlicher, dessen Axiom die Zweischwerterbulle „unam sanctam“ war, mit beredtester Zunge von der Kanzel herabverkündete, dass neben dem Gehorsam, welchen der Gläubige der Kirche schulde, die Staatsbürgerpflicht ein Schatten sei. — Das Wuchergesetz von 1880 zeigt augenfällig die Geburt oder besser Wiedergeburt der in ihm enthaltenen Norm, hatte doch das Gesetz vom 14. November 1867 jegliche Zinsbeschränkung aufgehoben und damit alle ihm entgegenstehenden Normen ausdrücklich beseitigt. Der Missbrauch der Gewerbefreiheit hat die Strafbestimmungen der Reichsgewerbeordnung hervorgerufen — überhaupt könnte man eine Fülle von Zeugnissen aufführen, wo einem schranklosen Manchestertum die haltgebietende Norm gegenübergestellt werden musste. Wo war die Norm existent, die im § 367, Abs. 3 R.St.G.B. liegt, dass keiner ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzeneien zubereiten, feilhalten u. s. w. dürfe! Der § 9 des Sprengstoffgesetzes stellt sogar die irgend welchen erlaubten Zwecken dienende Produktion von Sprengstoffen unter empfindliche Strafe, falls sie ohne polizeiliche Erlaubnis geschieht und statuiert damit eine Verbotsnorm, an die wohl bis dahin kein Chemiker gedacht hat. Die rein formalen, aus Ordnungsbedürfnis und Steuerinteresse erwachsenen Gesetze strafrechtlichen Inhalts, wie das Gesetz betreffend die Bezeichnung des Raumgehaltes der Schankgefässe, das Gesetz betreffend die Erhebung der Reichsstempelabgaben, vermehren die Beweise dafür, das die Norm keineswegs notwendig vor dem Strafgesetz bestanden zu haben braucht. Somit erleidet der Satz[14]): „Jedes Strafgesetz ist seinem Wesen

[14]) Binding l. c. I S. 52.

nach die Verschärfung eines Gebots- oder Verbotsgesetzes“ und der wesentlich dasselbe besagende Satz[15]: „Alle Strafgesetze erkennen das Delikt als Uebertretung einer ausser ihnen liegenden Norm an“ eine bedeutende Bresche.

Nicht anders aber als mit den obgenannten, offensichtlich erst durch den Strafgesetzgeber geschaffenen Normen scheint es uns mit jenen Normen zu stehen, welche seit Menschengedenken Bestandteil des allgemeinen Volksgewissens sind — sie sind der unverkennbare Ausgangspunkt der Binding'schen Normtheorie. Nur ist hier der historische Nachweis weit schwerer, dass die Norm der Strafsatzung keineswegs begrifflich voraufgeht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass vor Existenz der gegen Mord, Diebstahl, wie überhaupt die sogenannten „delicta iuris naturalis seu gentium“ gerichteten Strafbestimmungen, diese Handlungen bereits durch das bürgerliche Recht verboten gewesen sind. Das Gegenteil zu beweisen ist deshalb schwierig, weil ursprünglich, wie dies uns noch heute das Recht der Naturvölker lehrt, das bürgerliche Recht mit Strafbestimmungen stark durchsetzt ist, wie sich denn eine reinliche Scheidung zwischen beiden Rechtsgebieten in der Geschichte der Völker überhaupt erst spät und nur allmählich vollzieht[16].

Psychologisch näher liegt es, dass das Unrecht dem Recht vorherging[17], dass die das Unrecht zurückdämmende Strafe den Begriff „Recht“ erst schuf, erst nach Niederwerfung des Unrechts durch eine konsequente Handhabung der die Privatrache ablösenden Strafe von Seiten des Staates ein bürgerliches Recht sich entwickeln konnte. Kurz gesagt, es ist wahrscheinlicher, dass das Unrecht die Norm, als dass die Norm das Unrecht geschaffen hat. Die Norm stellt sich demnach dar als ein Niederschlag der unter der Schirm- und Schutzherrschaft des Strafrechts gewonnenen gemeinsamen Überzeugung von der Gutsqualität gewisser Lebensbedingungen.

---

[15]) Ders. l. c. I S. 70.

[16]) Ihering „Schuldmoment“ S. 4: Der Fortschritt des Rechts besteht in einer fortgesetzten Einengung des Gebietes und in einer fortgesetzten Reinigung des Begriffes der Strafe.

[17]) In „Welt als Wille und Vorstellung“ I S. 400 (3. A.) betont Schopenhauer, dass das Unrecht der primäre Begriff sei, das Recht hingegen der abgeleitete, sekundäre. — Vergleiche auch die Darstellung bei Zucker in Grünhuts Zsch. IX S. 501 „Criminal- und Civilunrecht“.

Im übrigen kann hier die Frage, ob erst das Strafrecht den Rechtsgutscharakter der Lebensinteressen erzeugt hat, ob das Strafrecht also älter als das Civilrecht ist, nur gestreift werden: Ihre Lösung muss einer selbständigen historisch-philosophischen Forschung überlassen bleiben. Nur auf die leitenden Gesichtspunkte wird im Laufe der Arbeit noch hinzuweisen sein.

Doch selbst zugegeben, dass es viele Strafgesetze giebt, welche eine bereits durch andere Gesetze mit civilrechtlichen oder sonstigen Rechtsfolgen ausgestattete Handlung poenalisieren, auch bei diesen Strafgesetzen ist das zivilrechtliche oder sonstige Verbot durchaus nicht notwendige Voraussetzung für das kriminelle; keineswegs bringt sich das Strafrecht in Abhängigkeit von einer ihm „begrifflich vorausgehenden" Norm, vielmehr wahrt es seine absolute Selbständigkeit und regelt sein Gebiet autonom, indem es jene Normen zu strafrechtlichen Normen erhebt. Ein Anknüpfen, eine, sei es bewusste, sei es unbewusste Uebereinstimmung liegt zwar vor, die Ge- oder Verbote des Strafrechts sind mit denen des Civil-, Staats-, Kirchen-Rechts identisch; aber unrichtig ist die Auffassung, als hätte der Strafgesetzgeber weiter nichts gethan, als eine „begrifflich" bereits für das kriminelle Gebiet existierende Norm mit Strafschutz versehen: für ihn wird die Norm erst „Norm" durch die Thatsache der Poenalisierung.

So kehrt sich für uns das von Binding konstruierte Verhältnis zwischen Norm und Strafgesetz um: für das kriminelle Gebiet, das für den kriminellen Vorsatz in erster Linie in Frage kommt, verleiht erst das Strafgesetz der Norm Rechtscharakter; gleichgültig ist, ob die Norm schon vorher rechtliche Existenz hatte oder nicht. Die Strafsatzung ist keine deklarative Bekräftigung einer bereits vor ihr vorhandenen, von ihr vorgefundenen Norm, keine Waffe, die sich dieser Norm, zur Verfügung stellt, vielmehr wirkt die Strafsatzung konstitutiv d. h. erst dadurch, dass eine Handlung in den Strafcodex aufgenommen wird, wird sie kriminelles Unrecht. Dies scheint selbstverständlich zu sein und keiner Hervorhebung zu bedürfen. Aber diese Selbstverständlichkeit muss gegenüber der Normtheorie betont werden, welche fälschlich der Norm die Rolle des Strafgesetzes zuweist und die Strafsatzung ihres konstitutiven Charakters entkleidet.

Aus obigen Erörterungen erhellt, dass der Gegensatz zwischen Rechtswidrigkeit im Sinne von Normwidrigkeit und Strafbarkeit der Handlung nach der positiven Seite hin für die Vorsatzlehre unfruchtbar ist.

In vielen Fällen lässt er sich überhaupt nicht aufstellen, nämlich überall da, wo erst das Strafgesetz die Norm schafft, wo die Verletzung eines Interesses nur deswegen „rechtswidrig“ ist, weil sie mit Strafe bedroht ist, kurz wo Rechtswidrigkeit mit Strafgesetzwidrigkeit zusammenfällt. Und, wo sich der Gegensatz aufstellen lässt, ist er praktisch nicht verwertbar aus dem Grunde, weil im Gebiet des Strafrechts ausschlaggebend nur sein kann, was der Strafgesetzgeber für rechtswidrig erklärt hat, abgesehen ganz davon, dass es selbst für den geschulten Juristen recht schwierig ist, von jedem Strafgesetz die Norm zu abstrahieren[18]).

Wenn aber die Rechtswidrigkeit der Handlung für die strafrechtliche Betrachtung identisch ist mit der Strafgesetzwidrigkeit der Handlung, so stellt sich nunmehr die Frage dahin, ob das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit für den Vorsatz begriffswesentlich ist. Muss, fragt es sich, die That als eine strafgesetzwidrige gewollt sein, damit ein „Verbrechen“ vorliege, ebenso wie eine Sache als „fremde“ fortgenommen sein muss, damit „Diebstahl“, jemand als „Ascendent“ erschlagen sein muss, damit „Ascendententotschlag“ vorliege? Um an den Wortlaut des § 59 unseres Reichsstrafgesetzbuches anzuknüpfen: ist die Strafgesetzwidrigkeit einer der „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören“, und ist demgemäss der Irrtum über das Strafgesetz Strafausschliessungsgrund?

Von vornherein leuchtet nicht ein, wie etwas, was doch erste Voraussetzung für das Funktionieren des Strafapparates ist, nämlich dass die in Frage kommende Handlung zu den „Verbrechen“, den strafbaren Handlungen zählt — also eine allgemeine Voraussetzung —, ein dem einzelnen konkreten Thatbestande eigentümliches Merkmal sein solle. Im Gebiete der Botanik kommt nur in Betracht, was Pflanze ist; nimmer wird man der einzelnen Pflanze das Gattungsmerkmal, welches darin besteht, dass sie „Pflanze“ ist, als spezielles zuschreiben.

Eines circulus vitiosus würde sich schuldig machen, wer auf die Frage: „Welches sind die Merkmale eines in concreto vorliegenden Verbrechens?“ zur Antwort gäbe, dass es mit Strafe bedroht sei; denn Verbrechen ist eben eine mit Strafe bedrohte Handlung.

Der Begriff „Thatbestandsmerkmal“ oder „Thatumstand, der zum

---

[18]) cf. Hälschner, gem. deutsches Strafrecht S. 255.

gesetzlichen Thatbestand gehört", ist auf das hervorstechendste, allgemein wesentliche" Verbrechensmerkmal unanwendbar.

§ 3.

Der Wille und die Rechtswidrigkeit der Handlung.

Das Missverständnis in der ganzen Frage scheint uns tiefer zu wurzeln. Es rührt her aus der unrichtigen Auffassung des Verhältnisses des menschlichen Willens zur rechtswidrigen That: aus der subjektivistischen Auffassung der objektiven Rechtsordnung fliesst die Theorie, welche dem Bewusstsein von der Rechtswidrigkeit der Handlung begriffswesentliche Bedeutung für den Vorsatz beimisst. — Bereits als solcher haftet der rechtswidrigen Handlung die Qualität der Rechtswidrigkeit an, indem das objektive Recht die That als rechtswidrig kennzeichnet. Sie ist schon rechtswidrig, bevor sie in concreto durch das Medium eines menschlichen Willens in die Erscheinung tritt, und sie bleibt ein- für allemal rechtswidrig, welcher Wille auch hinter ihr stehe. Vom Willen kann die Handlung unmöglich den Charakter der Gesetzmässigkeit wie der Gesetzwidrigkeit empfangen; es ist verfehlt, den Willen in einer Frage mitreden zu lassen, für deren Entscheidung nur eine einzige Instanz existiert: die objektive Rechtssatzung.

Es kommt allein darauf an, dass der Akt des Wollens vorliege gerichtet auf die sich objektiv als eine strafbare darstellende Handlung: Die sinnlich wahrnehmbare Handlung an sich muss gewollt sein, nicht die Handlung als eine mit dem Strafgesetz in Widerspruch stehende.

Selbstverständlich soll dem Willen das unantastbare „Recht des Wissens" nicht verkürzt werden — davon wird im folgenden Paragraphen zu handeln sein.

Ob der Wille auf eine rechtswidrige oder ob er auf eine rechtlich unerhebliche Handlung gerichtet ist, er ist der nämliche. Sein Wesen bleibt davon unberührt, ob ich nun meine mir zu Eigentum oder ob ich die einem anderem angehörige Sache vorsätzlich beschädige. Ebenso verhält es sich mit der fahrlässigen Beschädigung eines mir und eines einem andern gehörenden Gegenstandes. Die Verschiedenheit des Objektes lässt den Willen an sich ganz intakt. Wie aus einem und demselben Gewehrlauf sowohl ein blinder als ein scharfer Schuss hervorgehen kann, durch den einen nur die Luft erschüttert, durch den

andern schweres Unheil angerichtet wird, so kann der Wille bald rechtlich erhebliches, bald rechtlich unerhebliches wirken: Stets bleibt er derselbe. Es ist daher inkorrekt, von einem bald rechtmässigen, bald rechtswidrigen Willen zu sprechen. „Rechtswidriger Vorsatz,“ „rechtswidrige Absicht“ sind ungenaue Ausdrücke, da die betreffende psychische Funktion nicht selbst, sondern immer nur das Objekt, auf welches sie sich richtet, rechtswidrig sein kann.

Möglich ist es ja, dass jemand bewusstermassen eine gute Handlung als eine gute, eine schlechte als eine schlechte vornimmt, und dies wird sogar Regel sein. Aber darauf kommt es nicht an; von dieser Kongruenz der Auffassung der Allgemeinheit mit seiner eigenen hängt die Beurteilung und Rubrisierung der Handlung nicht ab. An ihrem Wesen wird nichts durch eine Absicht des Thäters geändert, welche sich in eben dieser Handlung selbst nicht ausprägt.

Beruhte die Beurteilung einer That auf dem Bewusstsein ihres Wertes oder Unwertes auf Seiten des Thäters, so müsste man, auch trotzdem nach allgemeinen Begriffen keine „gute“ Handlung vorläge, die Handlung „gut“ heissen, wenn der Thäter vermeinte, sie sei „gut“; keinen Vorwurf dürfte man ihm machen, wenn er sich „nichts bei ihr dachte.“

Ob die Motive, aus denen ich gehandelt habe, edel oder niedrig sind, das entscheide am letzten Ende nicht ich, sondern das steht im landläufigen Moralcodex. „In nobis non est, bonis vel malis esse“ sagt Pufendorf in diesem Sinne und: „Actionem bonam dicimus, quae cum lege congruit, malam, quae ab eadem discrepat“[1]).

Ebenso steht es nicht bei uns, „gesetzmässig“ oder „gesetzwidrig“ zu handeln. Diese oder jene Veränderung in der Aussenwelt, eine sich objektiv als „gesetzmässige“ oder „gesetzwidrige“ Veränderung herbeizuführen, hat jeder in der Hand. Doch hat er gehandelt, und zwar „gehandelt“ im Sinne des noch zu erörternden Hegel'schen Satzes vom „Rechte des Wissens,“ dann ist die Herrschaft seines Willens zu Ende — bis hierher und nicht weiter greift das Recht seiner Persönlichkeit. Der Wille hat das Recht, sich zu objektivieren, und er braucht sich dabei keine Folge seiner Handlung gefallen zu lassen, die er nicht gewusst und gewollt hat, aber nur, soweit dieses sein Wissen und

[1]) „De iure naturae et gentium“ Lib. I cap. V § 13 u. cap. VII § 3.

Wollen in Betracht kommt. Der Wille hat die Pflicht, sich vor der Majestät der ausserhalb seiner und über ihm stehenden Objektivität zu beugen; er hat sich in sich zurückzuziehen da, wo das Subjekt und und die subjektive Einsicht nichts mehr gelten darf.

Dieser Satz muss feststehen, ob man nun menschliches Handeln in Bezug setze zur Moral, zur Aesthetik, zum Recht. Überall erhebt sich ein starrer Kodex, der die Selbstherrlichkeit des Individuums nicht anerkennt und garnicht anerkennen darf, wenn er sich nicht selber aufgeben will. Die Begriffe von Aesthetik, Anstand, Moral, Recht, Unrecht, Verbrechen hätten sich garnicht entwickeln können, wenn es dem Einzelnen gestattet gewesen wäre, nach Belieben neue Gesetze aufzustellen, wenn nicht vielmehr über seinen Kopf hinweg sich feste Regeln gebildet hätten. Über den Häuptern der Individuen erhebt sich ein ohne ihr Zuthun resp. ohne ihr bewusstes Zuthun errichtetes Gebäude, unter dessen Gewölbe sie wohl oder übel heimisch werden müssen.

Mit vollem Recht sagt daher Post[2]): „Der einzelne Mensch lebt mehr das Leben der Organismen, welche über ihm in der menschlichen Rasse und im Kosmos überhaupt bestehen, als sein eigenes.“

Weil aber diese Organismen dem „πάντα ῥεῖ“ unterliegen, so ist notwendige Folge die Relativität aller Werte, welche in eben diesen Organismen in die Erscheinung treten.

„Sittlich“ — „unsittlich“, „schön“ — „hässlich“, „rechtmässig“ — „rechtswidrig“ sind nicht Eigenschaften der Wesen und ihrer Handlungen an sich, sondern nur Urteile von einem objektiven Standpunkt aus, dessen Inhalt bestimmt ist durch die mannigfachsten Einflüsse psychischer und physischer Natur.

Was auf einer bestimmten Stufe völlig erlaubt, ja heilige Rechtspflicht ist, wird auf einer andern Stufe als verabscheuungswürdiges Verbrechen bestraft, z. B. die Blutrache. Bei manchen tiefstehenden Völkerschaften ist, wer raubt und stiehlt, wegen seines Wagemutes[3]) und seiner Verschlagenheit ein angesehener Mann, in der Periode des Staatslebens ist er ein Verbrecher.

---

[2]) Der Ursprung des Rechts S. 15.

[3]) Ein Anklang findet sich in der Carolina (Art. 166), die den „tapferen grossen u. kündtlichen“ Diebstahl in Hungersnot entschuldigt. Die spartanischen Jünglinge durften stehlen; Schande war es nur, sich ertappen zu lassen.

Auf primitiver Stufe ist der Frauenraub legales Mittel, zu einem Eheweibe zu gelangen, in der Periode der Staatenbildung schwere Missethat.

Ja, auch innerhalb einer in sich abgeschlossenen Periode giebt es keine absoluten Verbrechen. Die Handlung des Henkers, des Soldaten in der Schlacht ist, für sich betrachtet, genau dieselbe wie die des Mörders. Meuchelmord war es, wenn die Guerillas die Landesfeinde in Schluchten lockten und sie ungesehen aus den Büschen niederschossen, wenn Wilhelm Tell den Gessler tötete: „Der Zweck heiligt die Mittel" — dieser Satz spricht die Wahrheit aus, dass es absolute Werte nicht giebt.

Weil aber dem so ist, und die die Handlungen bezeichnenden Adjektiva nichts sind als Prädikate, welche eine Objektivität ihnen beilegt, Urteile, welche vom Meinen und Dafürhalten des Subjekts völlig unabhängig sind, so kann das Subjekt ihnen nimmer entfliehen: Mit unentrinnbarer Notwendigkeit heften sich diese Prädikate an das in die Erscheinung getretene, auf dem Boden der Sinnlichkeit sich bewegende Willensprodukt[4]).

Es ist wie gesagt ein Unding, gegenüber objektiv feststehenden Regeln die Einsicht des Einzelnen zu Worte kommen zu lassen, bei ihr sich Auskunft zu holen in einer Frage, über die schon längst entschieden ist.

Damit soll nicht gesagt sein, dass es dem Individuum ganz verschlossen ist, neue Normen, neues Recht zu schaffen; die legalisierende Macht des Erfolges soll nicht geleugnet werden. Doch der Appell vom Recht an das Forum der Geschichte fällt nicht immer so günstig aus wie bei der „glorious revolution" des Cromwell, es hat schon manchen Catilina gegeben; und nicht immer bedeutet ein Justizmord eine Justizreform wie im Falle des Shylock. Wer nicht reüssiert, — und je mehr Boden das Bestehende in der Überzeugung der Allgemeinheit hat, desto grösser ist das Risiko — der muss die ganze Grausamkeit einer ihrer Existenz sich wehrenden Objektivität über sich ergehen lassen. Wer ein nach allgemein anerkannten Regeln der Ästhetik unzuläng-

---

[4]) Wie typisch geprägt die Prädikate oft sind, dafür sei Beispiel der Rechtsbegriff der römischen „infamia", der eine rein äusserliche Gestaltung aufweisend die Würdigung des einzelnen Falles von sich geradezu ausschliesst . . . „quia factum lex, non sententiam notaverit," sagt Ulpian libroi ad leg. Jul. et Pap. l. 43 § 12 Dig. de ritu nuptiarum 23,2.

liches Bild gemalt hat, kann noch so sehr vom Werte seiner Schöpfung durchdrungen sein — wenn es ihm nicht gelingt, neue Kunstprinzipien siegreich zur Geltung zu bringen, wird man über ihn zur Tagesordnung übergehen. Und wer in seiner Gefühlsrohheit sittliche Pflichten verletzt, wird sich nicht wundern dürfen, den niedrigen Charakteren beigerechnet zu werden, mag er selbst auch lebhaft dagegen protestieren und meinen, sein Egoismus mache ihm keine Unehre; solange die Gesellschaft an dem christlichen Ideal der Nächstenliebe festhält, muss er sich dies Urteil gefallen lassen.

Wie für kein andres Gebiet ist es für das Recht Existenzfrage, ob dem Einzelwillen verstattet werden darf, sich auf dem Boden der Objektivität breit zu machen, aus den Schranken seiner ihm notwendig anhaftenden Subjektivität herauszutreten.

Um mit dem Privatrecht zu beginnen — kann man im Ernste dem Handeln des Individuums rechtsschöpferische, konstitutive Bedeutung zuerkennen, oder muss man nicht vielmehr sagen: Auch hier, wie überall tritt der Mensch in gegebene Verhältnisse, hat er sich der Macht der Objektivität zu unterwerfen, dies verlangt das Gesetz der erhaltenden Ordnung?

Zwei Meinungen liegen miteinander im Kampfe. Die einen sagen mit Pufendorf[5]: „... neque iste effectus (von einem Rechtseffekt ist die Rede) proprie ex permissione legis resultat, sed ex propria cuiusque libertate". Die andern sagen mit Vulteius[6]: „Etsi enim, ut obligatio constituatur mens atque voluntas ut plurimum sit necessaria, ex ea tamen obligatione oritur non quod homo ita velit, sed quod ius ex facto eiusmodi obligationem oriri concedit. . . . ius igitur causa obligationis est proxima, factum hominis remota".

Dort erhält das objektive Recht seine Legitimation von der subjektiven Willensmacht, von der Gnade des allgewaltigen Individuums fristet es sein Leben, hier ist das Rechtsgeschäft nicht ein Produkt des subjektiven Willens, sondern im tieferen Grunde eine Emanation des objektiven Rechts.

Leitet man die juristischen Folgen eines mit Bewusstsein vorgenommenen Aktes aus dem Wollen des Individuums her, so darf man die Konsequenzen nicht scheuen: Dann muss z. B. der Käufer sich

---

[5]) l. c. Lib. I Cap. 6 § 15.

[6]) Iurisprud. Rom. L. I, cap. 26.

klar sein über den Zeitpunkt des Gefahrüberganges; und irrt er hierüber, meint er im Gebiete des gemeinen Rechts gehe die Gefahr erst mit der Tradition der Kaufsache über, darf man ihm nicht entgegenhalten, dass dies bereits mit der Perfektion des Kaufkontraktes der Fall sei. Denn dies hat der Käufer nicht „gewollt", vielleicht hätte er bei besserer Rechtskenntnis die Waare garnicht gekauft.

Wer ein nichtiges Testament gemacht hat, darf dann nicht ab intestato beerbt werden, wenn er den Nichtigkeitsgrund nicht kannte.

Der gesunde Menschenverstand sträubt sich gegen solche Konsequenzen. Offenbar ist, dass ein Irrtum über die Rechtsfolgen sowenig eine Rolle spielen kann, wie ein Nichtwissen derselben, mögen sie auch manchmal in willkürlicher, für die Erkenntnis des Einzelnen unbegreiflicher Weise von der Rechtsordnung geregelt sein, wie z. B. in Justinian's Entscheidung des Schulstreites über den Eigentumserwerb des Spezifikanten, wie z. B. ferner in der verschiedenen, widespruchsvollen Regulierung des Fruchterwerbes. Von dieser oft rücksichtslosen Souveränität der Rechtsordnung hat das Publikum ein richtiges, instinktartiges Gefühl, welches es dazu bestimmt, sich vor Eingehung einer rechtlichen Verpflichtung, wenn es seiner Sache nicht ganz sicher ist, über die eventuellen Rechtsfolgen zu orientieren. Denn ehe man es sich versieht — ein Blick in Ihering's „Jurisprudenz des täglichen Lebens" lehrt es — ist man von den Netzen des Rechts umstrickt. Man kann „Geld borgen", Waaren „einstellen" wollen bei einem andern, „heiraten" wollen — daran, was das Recht dazu sagt, braucht man nicht zu denken, damit die Rechtsfolgen eintreten. Letztere sind eben Folgen des Rechts, die Rechtswirkung tritt ein von Rechtswegen, kraft des Spruches der Rechtsordnung, auf den die Anwesenheit oder Abwesenheit des Wunsches nach einer Rechtswirkung, wie überhaupt deren Vorgestelltsein ohne jeden Einfluss ist [7]. „Nicht der Wille der Personen ist es, der das Rechtsgeschäft zu einer rechtserzeugenden und rechtsaufhebenden Thatsache macht, sondern der Wille des Rechts giebt einer Handlung den Charakter eines Rechtsgeschäfts" [8].

---

[7]) J. Kohler in Ihering's Jahrb. XVI. S. 106 drückt dasselbe in scharf zugespitztem Gegensatze aus: Die rechtlichen Konsequenzen vollziehen sich nicht vi voluntatis sondern vi legis. . . . Sie treten ein mit dem Unbewussten eines Naturphänomens.

[8]) Brinz, Pandekten 1888.

Zu merkwürdigen Konsequenzen führt Savigny's Theorie vom Rechtsgeschäft. Savigny[9]) verlangt, dass der Wille unmittelbar gerichtet sei „auf die Entstehung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses." Deshalb rechnet er, da der Jäger bei der Jagd sich des Eigentumserwerbes durch Okkupation „weniger bewusst" wird, diese Handlung nicht zu den Rechtsgeschäften, sondern zu den „freien Handlungen"[10]). Rechtsgeschäft aber wäre die Erbeutung eines Hasen durch einen Professor der Jurisprudenz, der trotz aller Waidmannsfreude an die originäre Eigentumserwerbsart denkt.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass es einzig und allein darauf ankommt, ob eine Handlung in den Augen des Rechts Rechtsgrund ist, dass rechtliche Wirkungen vom Handelnden nicht gewollt zu sein brauchen, damit ein Rechtsgeschäft zustande komme.

Wie — um an eine Analogie im Gebiete der Theologie zu erinnern — nur der Ritus und nicht die sakramentale Wirkung vom Sakramentserteiler gewollt sein muss, auf dass das Sakrament gehörig erteilt sei[11]), so stellt sich der rechtsgeschäftliche Wille nicht als der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille, sondern als der auf Vollzug des von der Rechtsordnung zum Rechtsgeschäft gestempelten Aktes gerichtete Wille dar.

Mit dem Steuermann, welcher das Schiff zu lenken hat, vergleicht Ihering[12]) den Willen. Wie der Steuermann die Macht über das Schiff hat, es lenken kann, wohin er will, so kann der Wille das Recht seinen Bedürfnissen entsprechend verwenden: Das Rechtsgeschäft ist das Instrument der privatrechtlichen Selbstbestimmung[13]). Doch die Bedeutung des Willens erschöpft sich darin, dass er die Zweckbestimmung des Rechts für das Subjekt vermittelt. Das Recht bietet nicht den Stoff, sondern die Voraussetzung des individuellen Wollens.

Aus diesem Grundsatz ergiebt sich auch die richtige Auffassung

---

[9]) System III, 5.

[10]) System III, 6 Note g.

[11]) Ueber die vielumstrittene Frage cf. Richter-Dove, Kirchenrecht S. 722. Thomas von Aquin entscheidet sie dahin: „In verbis quae profert (scil. sacredos) expimitur intentio Ecclesiae, quae sufficit ad perfectionem sacramenti." — Der „intentio Ecclesiae" entspricht der Wille der Rechtsordnung auf rechtlichem Gebiete.

[12]) Geist des röm. Rechts III 60.

[13]) Dernburg, Pand. I (3. A.) S. 213.

des **dispositiven** Rechts[14]). Das dispositive Recht ist ebenso Bestandteil des objektiven Rechts wie das absolute, der individuellen Willkür keine Freiheit gebende Recht. Nimmer kann Privatwillkür die Anwendung objektivrechtlicher Vorschriften ausschliessen; daraus folgt, dass es keine Satzungen geben kann, welche durch einen entgegengesetzten Privatwillen derogierbar sind. Der durch „fori prorogatio" bestimmte Gerichtsstand ist kein gesetzwidriger, sondern ein nur kraft Gesetzes bestehender Gerichtsstand, ebenso wie die testamentarische Erbordnung eine gesetzmässige ist[15]).

In jedem Falle steht das objektive Recht über dem Einzelwillen, gewähre es ihm auch ungemessenen Spielraum. Es ist nicht so zu denken, als verliehe der souveräne Erblasser aus eigener Willensmacht heraus dem von ihm eingesetzten Erben Erbrecht, als wählten die Parteien auf Grund ihrer ausserhalb des Rechts stehenden Willkür einen andern als den regelmässigen Gerichtsstand; die sanktionierende, überall im Hintergrunde stehende Kraft ist die Rechtsordnung, **sie** ist, um mit **Windscheid** zu reden, das eigentlich Wirkende.

In welchem Grade der Individualwille, wenn er sich auf dem Boden des Rechts manifestiert, der Objektivität unterworfen ist, das lehren in Sonderheit diejenigen Fälle, wo die Rechtsordnung dem Willen eine über ihn selbst hinausgehende Spannkraft zuteilt.

Trotz der derogatorischen Klausel, darin er sich dieses Rechtes begiebt, hält das objektive Recht dem Testator den Widerruf seines Testamentes offen. Der letzte Wille soll in seiner ganzen Reinheit zur Geltung kommen, und daher löst die Rechtsordnung den Willen von den Fesseln, die er sich selbst angelegt hat. Ebenso ist es mit der Unverbindlichkeit des Verzichts auf den Widerruf der Vollmacht von Seiten des Vollmachtgebers, dem so die Rechtsordnung selbst wider seinen Willen, die rechtliche Selbständigkeit garantiert. Ohne rechtliche Wirkung ist der Ausschluss der Haftung für dolus bei Kontraktverhältnissen: Die Rechtsordnung will der Arglist und Tücke keine Freistatt geben, so manierlich und unbefangen sie sich auch einführe. Dolus semper praestatur. Da das Recht auf die Hülfe der Gerichte ein unveräusserliches Attribut der Privatrechte ist, so ist der mit einem anderen vereinbarte Verzicht auf den Rechtsweg nichtig

[14]) Des Näheren siehe v. **Bülow** „Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung" im Archiv für civil. Prax. Bd. 64 S. 1 ff.

[15]) v. **Bülow** l. c. S. 73.

u. s. f.[16]) Hierher gehört auch das weite Gebiet des unverbindlichen Verzichts im öffentlichen Recht.

Nur soweit nimmt die Rechtsordnung von der Selbstbeschränkung des Willens Notiz, als sie es mit ihren Interessen für vereinbar hält. Um wieviel mehr sollte sie nicht darauf bedacht sein, den Willen die ihm von ihr auferlegten Beschränkungen fühlen zu lassen, auch dann, wenn er sich dieser Beschränkungen nicht versah und daraus das Privileg für sich ableiten zu können glaubte, von ihnen nicht betroffen zu werden!

Zu analogen Ergebnissen muss die Betrachtung auf kriminellem Gebiete führen. Auch hier, werden wir sagen müssen, kann der Wille nur insofern in Betracht kommen, als er sich richtet auf den Akt, welcher vom Standpunkt des objektiven Rechts aus eine strafbare Handlung ist. Mit derselben Notwendigkeit wie beim Rechtsgeschäft, als der erlaubten Handlung, schliessen sich beim Delikt, als der unerlaubten Handlung, die Rechtsfolgen an die gewollte Veränderung in der Aussenwelt.

Nichts thut es zur Sache, dass die Rechtsfolgen in beiden Fällen verschieden sind, dass das Delikt ein Strafrecht und eine Strafpflicht begründet, nicht aber das Rechtsgeschäft[17]).

Auch, dass beim Rechtsgeschäft in der Regel die Rechtsfolgen gewollt sind, beim Delikt hingegen alles andere, nur nicht diese, dass ferner der metaphysische Grund derselben in beiden Fällen ein ganz verschiedener ist, ändert nichts an dem Umstand, dass hier wie dort die Willensäusserung die Prämisse ist für Schlüsse, welche die objektive Rechtsordnung, einmal als Civilrecht, das andere Mal als Strafrecht, mit derselben inneren Notwendigkeit zieht — der Anstoss für das Funktionieren eines und desselben Mechanismus: Wer in einem Kaufmannsladen etwas „für Geld haben“ will, wird vom Recht als „Käufer“, wer seinem verhassten Feind auflauert und ihn aus dem Hinterhalt tötet, wird vom Recht als „Mörder“ behandelt.

Der Absicht, bei einem Kaufvertrage einen bestimmten Effekt zu

---

[16]) Als einen „Ausfluss mittelalterlicher Rechtsansichten, wonach sich die Willkür des Individuums über die Rechtsordnung erheben konnte“, bezeichnet Dernburg, Pand. I § 121, die Bestimmung der authentica „sacramenta puberum“, dass nicht erzwungene, an sich ungültige Geschäfte von Minderjährigen im Falle eidlicher Bestärkung gültig sein sollten.

[17]) cf. Lotmar: Ueber causa im römischen Recht S. 10.

erzielen, nämlich den der Einigung über Waare und Preis, entspricht beim Morde die Absicht, dem andern den Garaus zu machen, bei der Beleidigung eine bestimmte Handlung vorzunehmen, welche eine „Beleidigung" im Sinne der bestehenden Rechtsordnung enthält, keineswegs aber das Bewusstsein, eine so im positiven Strafcodex qualifizierte, mit Straffolgen bedrohte Handlung vorzunehmen, die Absicht, einen „Mord" zu begehen, eine „Beleidigung" vorzunehmen.

Letztere Absicht wäre völlig irrelevant, ebenso wie beim Kaufkontrakte die Absicht, den Übergang der Gefahr mit dem Augenblicke der Tradition eintreten zu lassen, für das gehörige Zustandekommen eines Kaufes nach allgemeinem Landrecht Ballast wäre. Die Charakterisierung der Handlung, die Bestimmung ihrer rechtlichen Folgen bleibt hier wie dort ausschliesslich der Rechtsordnung vorbehalten.

Es ist allerdings möglich, dass jemand in der Laune des Übermuts, in herostratischen Anwandlungen, einer strafbaren Handlung sich schuldig macht, nur um schon „vorbestraft" zu sein, wie wohl der Student auf die Mensur geht, um sich einen „Schmiss" zu holen; möglich ist, dass jemand ein Kind erzeugt, in der Absicht, dadurch eine rechtliche Veränderung, etwa eine Verschiebung in der Beerbung seines Nachlasses herbeizuführen.

Ebenso bedeutungslos ist dies, als wenn jemand, der mit einer Frauensperson konkumbiert, dabei beabsichtigt, ein Kind zu erzeugen: Ob er diese Absicht hat oder nicht, der Erfolg ist Sache der Natur, ebenso wie der Eintritt der Strafe, die Neuregelung der Erbschaftsverhältnisse Sache der Rechtsordnung ist.

Das Recht ist nicht der Sklave des Willens; es hat nicht nötig, sich erst mit dem Willen darüber in Einverständnis zu setzen, welcherlei Rechtsfolgen es produzieren solle. Hat der Wille sich einmal in den Bannkreis des Rechts begeben, so hat er seine Selbstherrlichkeit verloren, oder wie es Ihering[18]) kurz und bündig ausdrückt: „Das Recht ist nicht des Willens wegen da, sondern der Wille des Rechts wegen."

Für das Strafrecht insbesondere wäre es geradezu undenkbar, dass die Rechtsordnung ihre Herrschaft über den Einzelwillen preisgäbe.

Wie das Strafrecht auf die Handlung reagiert, ob es reagiert, soll dafür das Bild massgebend sein, welches sich im Kopfe des Thäters

[18]) l. c. III § 60.

über die juristische Qualifikation seiner Handlung spiegelt, mag es nun in den blassen Farben der Gleichgültigkeit oder in den satten Farben der bona fides gehalten sein?

Dies hiesse den Schwerpunkt vom Willensinhalt als dem Inbegriff des Gewussten und Gewollten der thatsächlichen Momente der Handlung in die Willensfärbung, d. h. in das Urteil des Thäters über die rechtliche Natur der Handlung, kurz, vom Willen in die Erkenntnis des Handelnden verlegen.

Thut man dies, lässt man nicht die Handlungen als solche, lediglich als Kinder des thäterischen Willens, bei der Entscheidung der Frage, ob eine rechtswidrige Handlung vorliege, zu Worte kommen, betrachtet man die einzelnen Handlungen vielmehr im Lichte des Urteils ihres Urhebers, soll also die Rechtswidrigkeit einer Handlung von dem Umstande abhängen, ob diese Rechtswidrigkeit auch im Bewusstsein des Thäters lebendig ist, so ist unerfindlich, zu welchem Zwecke das die Rechtswidrigkeit aussprechende Gesetz überhaupt da ist. Der juristische Gradmesser der Handlung ist es nicht mehr; es wird zum blossen Echo der Überzeugung des Handelnden, vorausgesetzt, dass dieser das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hatte. Hatte er's nicht, um so schlimmer für das Gesetz; es kann nicht funktionieren, da der Thäter es im Augenblicke der That gar nicht oder nur falsch kannte. Denn hätte er es gekannt oder hätte er es genauer gekannt, vielleicht hätte er ihm nimmer zuwidergehandelt, wie oben der Käufer vielleicht den Abschluss des Kaufes unterlassen haben würde, wenn er gewusst hätte, dass die Gefahr schon mit der Perfektion des Vertrages auf ihn übergehe, wie der Verkäufer vielleicht seine Waare nicht verkauft hätte, hätte er die Regeln der ädilicischen Haftung gekannt.

So sinkt das Gesetz zum leeren Wort, zum Schemen herab; materielle Kraft, Bestätigung wird ihm erst durch den Willen des Einzelnen. Jedes Gesetz ist, um in concreto wirken zu können, gewissermassen auf eine Contrasignatur von Seiten des Thäters angewiesen: sonst bleibt es illusorisch, da der objektive Thatbestand, welchen der Staat zur Bedingung seiner Wirksamkeit macht, allein nicht die Kraft besitzt, es in Bewegung zu setzen. Weiss das Individuum nicht, dass seine Handlung unter das betreffende Gesetz fällt, so ist das Gesetz seiner Existenzbedingung beraubt, es muss, um mit Angelus Silesius zu reden, „von Not den Geist aufgeben.“ Der Einzelne, nicht der Staat ist dann Gesetzgeber.

Dies sind die Konsequenzen aus der Verkennung der einfachen, sich logisch mit Notwendigkeit ergebenden Wahrheit, dass nun und nimmermehr der Wille „Ursache“ einer „Rechtswidrigkeit“ sein kann, die Konsequenzen aus der falsch verstandenen „Kausalität des Willens“ [19]).

Das Kausalgesetz ist eine der Kantischen Kategorien unseres Denkens, und als solche Grundlage aller Erfahrung. Es spricht aus, dass ein Zustand einen bestimmten andern mit Notwendigkeit zur Folge haben müsse. Dadurch, dass wir diesem Gesetze alle Erscheinungen unterwerfen, ist uns empirische Erkenntnis von denselben überhaupt erst möglich [20]). Der Begriff des Verhältnisses von Ursache und Wirkung hat im Gebiete der Erfahrung unbeschränkte Gültigkeit, doch darüber hinaus ist er bedeutungslos, sein Machtbereich ist durch die Grenzen der Erfahrung abgesteckt. Nur im Zusammenhange von Ereignissen, der in Raum und Zeit vor sich gehenden Veränderungen, in der Folge der Erscheinungen gilt der „Stammbegriff der reinen Vernunft.“

Gestattet nun die Kraft des Kausalitätsgesetzes möglich gewordene Erkenntnis einen Rückschluss von Wirkung auf Ursache, so liegt ein Urteil vor. Ein Urteil gehört aber nicht zu den Erscheinungen, es ist keine Thatsache, sondern eine Abstraktion; folglich hat die logische Notwendigkeit des gewonnenen Urteils mit dem Kausalgesetz, welches, wie gesagt, nur im Reiche der Erscheinungen herrscht, nichts zu thun.

Irreführend ist es demnach, die Schuld mit Binding zu definieren als „den Willen eines Handlungsfähigen als Ursache einer Rechtswidrigkeit“ [21]). Denn zwischen Wille und Rechtswidrigkeit lässt sich die Brücke des Kausalitätsgesetzes nicht schlagen.

„Rechtswidrigkeit“ ist ein Urteil, und als solches keine der Sinnenwelt angehörige Thatsache, vielmehr eine Abstraktion des juristischen Denkens, welche vom Kausalgesetz unberührt bleibt. Es ist also nicht logisch, vom Willen als der „Ursache einer Rechtswidrigkeit“ zu sprechen. Verursacht werden kann nur sinnlich wahrnehmbares, der Erfahrung zugängliches, nicht aber eine Begriffsabstraktion, die ihre Geburtsstätte in der Logik hat. Dafür, dass eine Handlung „rechtswidrig“ ist, kann es nur einen Erkenntnisgrund geben, nicht aber einen realen Grund, wie der Wille es ist. Weil der Wille ein realer Faktor ist, real wie

---

19) cf. zum Folg. Heinemann, die Binding'sche Schuldlehre § 4.
20) cf. Kant, Kritik der reinen Vernunft 2 A. S. 187.
21) l. c. II. S. 102.

kein zweiter, so kann seine Wirkung niemals in einer „Rechtswidrigkeit,“ „Rechtsverletzung“ bestehen, welch' letztere als rein geistige Schöpfungen des Gesetzgebers der realen Existenz entbehren.

Die Wirkung des Willens kann vielmehr immer nur ein Vorgang sein, welcher die gleiche Eigenschaft mit ihm teilt, gleichfalls sinnfälliger Art ist, sie kann nur eine sinnlich wahrnehmbare Veränderung der Aussenwelt sein, welche dem Kausalitätsgesetz unterliegt. Der Wille kann wohl den Tod einer Person, die Vernichtung der fremden Existenz, verursachen, die Qualifikation dieser Handlung durch den Strafgesetzgeber kann er nicht verursachen; er kann keine ‚rechtswidrige‘ Tötung, keinen „Totschlag“, keinen „Mord“ verursachen, ebensowenig wie er den Rechtseffekt des Kaufes, einen „schändlichen“ Streich, ein „schönes“ Kunstwerk verursachen kann.

Die Denkform der Kausalität ist nur anwendbar auf die Erscheinungen an sich in ihrer sinnfälligen Nacktheit, nicht aber auf die mit einem gewissen Charakter mittels geistiger Abstraktion bekleideten Erscheinungen.

Eine Definition welche den Willen zur Ursache einer Rechtswidrigkeit stempelt, verwechselt einen aus den Erscheinungen der Wirklichkeit durch Abstraktion abgeleiteten Begriff mit diesen Erscheinungen selbst.

So sind wir auf dem Wege der Logik zu den nämlichen Resultaten gelangt, wie sie die Ableitung aus dem Wesen der objektiven Rechtsordnung zu Tage gefördert hat.

Soviel ist deutlich geworden: Um zu logisch richtigen Resultaten zu gelangen, muss die Zurechnunglehre von dem physischen Akte selbst, welcher eine Rechtsverletzung enthält, d. h. von der objektiven Rechtsordnung als „Rechtswidrigkeit“ gebrandmarkt ist, nicht aber von der Rechtswidrigkeit als juristischen Begriff ausgehen.

„Die Imputationslehre hat nur die Frage zu beantworten: Ist eine wahrhafte Handlung vorhanden? Die Frage: Ist diese Handlung strafbar? muss sie gänzlich bei Seite liegen lassen. Ob ich weiss, dass eine Handlung verboten ist, oder ob ich dieselbe für erlaubt halte, das ist für die Anwendung des Begriffes der Zurechnung durchaus indifferent. Die Handlung bleibt in diesem wie in jenem Falle Handlung.“ [22])

---

[22]) Berner, Imputationslehre S. 63.

§ 4.

Der Wille und das „Recht des Wissens."

Bereits oben (pag. 14) ist betont worden, dass dem Willen das „Recht des Wissens" nicht benommen sein solle.

„ „Das Recht des Wissens ist, in seiner „That" nur dies als „Handlung" anzuerkennen und nur an dem „Schuld" zu haben, was er von ihren Voraussetzungen in seinem Zwecke weiss, was davon in seinem Vorsatze lag." "[1]

Dieser Hegel'sche Satz spricht die andere Seite des strafrechtlichen Vorsatzes aus. In der reinlichen Scheidung des „Rechtes des Wissens" hier von dem „Satze der Objektivität", welcher den Erörterungen des § 3 zu Grunde liegt, dort ist die Erkenntnis des Wesens des Vorsatzes begründet.

Nur scheinbar ist die Deutlichkeit der Grenze; denn mit dem Unterschiede zwischen That- und Rechts-Irrtum ist zwar die Formel für die eben angedeutete Scheidung gegeben, aber noch nicht das Gebiet des einen Irrtums gegen das des andern abgegrenzt.

Bevor wir diese Abgrenzung versuchen, müssen wir uns des Näheren mit dem, den Vorsatz ausschliessenden, thatsächlichen Irrtum beschäftigen.

Da die „That" auf den Willen des Thäters zurückführbar sein muss, damit sie zurechenbare „Handlung" sei, so ist notwendig, dass der Handelnde den thatsächlichen Momenten die Eigenschaft, welche sie nach dem Begriffe des bestimmten Verbrechens haben müssen, beilegt. Ist der Wille auf eine andre Handlung gerichtet als die in Wirklichkeit vorliegende, so ist der eigentliche Wille nicht verwirklicht, wenn auch die äussere Erscheinung zutrifft. Das Gewirkte war in der ihm wirklich zukommenden Eigenschaft nicht gekannt und auch in solcher nicht gewollt, weshalb es nicht als reiner Ausdruck des Willens erscheint.

Eine Eidesleistung über irrig für wahr gehaltene Thatsachen ist kein vorsätzlicher Meineid; das Delikt der Vergiftung ist nur dann gegeben, wenn der Thäter die gesundheitsschädliche Wirkung des dem andern beigebrachten Stoffes gekannt hat. Betont sei, dass nur der

[1]) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.

Irrtum über einen wesentlichen Umstand den Vorsatz auszuschliessen vermag, wie ja auch im Zivilrecht die Wirksamkeit des Irrtums durch seine Wesentlichkeit bedingt ist. Wie eine Verwechselung des fundus Cornelianus mit dem fundus Sempronianus den Kaufkontrakt nichtig macht[2]), so tritt Straflosigkeit ein, wenn jemand eine fremde Sache, die er für seine eigene hält, aus fremdem Gewahrsam wegnimmt: Irrtum über die Identität des Objekts ist erheblich wie im Zivil- so im Strafrecht. Nur dann liegt das Delikt der Beschimpfung einer Religionsgesellschaft vor, wenn Thäter sich der Eigenschaft der von ihm beschimpften Gesellschaft als einer religiösen bewusst war, sie nicht etwa für eine philosophische oder ethische Vereinigung ansah. Nicht jedoch würde ihn entschuldigen, wenn er sich zwar klar war über den religiösen Charakter der Sozietät, die Rechte einer öffentlichen Korporation ihr aber nicht beimass[3]). . Um wegen „schwerer Körperverletzung" verurteilt zu werden, muss der Thäter diejenigen Eigenschaften des Werkzeuges gekannt haben, welche das Gericht bestimmen in ihm ein „gefährliches" zu sehen, nicht in Betracht kommt, ob der Thäter mit der Qualifikation des Gegenstandes als eines „gefährlichen Werkzeuges" einverstanden ist[4]).

Sehr umstritten[5]) ist der Dolus beim „Widerstand gegen die Staatsgewalt". Im § 113 R.St.G.B. heisst es: „Wer einen Beamten in der rechtmässigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet . . . "

Kein Streit herrscht mehr darüber, dass der Thäter gewusst haben muss, er habe einen Beamten vor sich und dieser sei in der Ausübung seines Amtes begriffen. Es fragt sich nur, ob der Vorsatz auch durch einen Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtshandlung ausgeschlossen wird. Das Reichsgericht hat dies in stetiger Praxis[6]) verneint: „„Die Annahme scheint begründet, dass es sich bei dem Zusatz der „Rechtmässigkeit" in den §§ 113, 117 nicht um die Aufnahme eines Thatbestandsmerkmals gehandelt hat, auf

---

[2]) fr. 9 pr. contrah. empt. Dig. XVIII, 1.

[3]) J. Kohler, Studien a. d. Strafrecht S. 70.

[4]) Entsch. des Reichsgerichts 2, 278. Urt. vom 29. 9. 1880.

[5]) cf. Hiller, zur Irrtumsfrage beim Widerstand gegen die Staatsgewalt G. S. Bd. 27, S. 1. contra Guggenheimer, Irrtum d. Thäters in Bezug auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung, München 1883.

[6]) z. B. E 2, 223 Urt. 5. 11. 80. E 3, 14 Urt. 30. 10. 80.

welches Wissen und Willen des Thäters, wenn er strafbar sein soll, sich zu erstrecken hätte[7].““

Hiernach ist also die „Rechtmässigkeit“ der Amtshandlung nicht Begriffsmerkmal des § 113, drückt vielmehr lediglich das Selbstverständliche aus, dass der Beamte bei unrechtmässiger Amtsausübung auf den Schutz des Strafgesetzes nicht rechnen kann.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche in der „Rechtmässigkeit“ einen „Thatumstand, der zum gesetzlichen Thatbestand gehört“ sieht, lässt sich mit schlagenden Gründen nicht bekämpfen, ist doch selbst das Reichsgericht von der oben angegebenen Auffassung abgewichen, indem es in einem anderen Erkenntnis über einen Verstrickungsbruch die „Zuständigkeit“ des pfändenden Beamten (§ 137 R.St.G.B.) als eine innerhalb des Vorsatzes liegende Voraussetzung der Strafbarkeit bezeichnet[8].

Praktisch empfehlenswerter ist es, die „Rechtsmässigkeit“ nicht zum Begriffsmerkmal des Delikts zu stempeln; dies giebt das Reichsgericht zu, wenn es in der letztcitierten Entscheidung den eventuellen Dolus in Reserve hält.

Auf jeden Fall ist zu verlangen, der dem Beamten Widerstand entgegensetzende Thäter müsse ernsthafte[9]) Gründe zu der Annahme der Unzuständigkeit des Beamten aufweisen können, damit er straflos ausgehe. Binding geht zu weit, wenn er sagt[10]), dass jeder Glaube an die Widerrechtlichkeit einer Amtshandlung den Vorsatz der Widersetzlichkeit ausschliesse, möge der Irrtum des Widerstehenden ein durchaus unverzeihlicher sein.

Ebenso wenig kann Binding's Beleidigungsdolus befriedigen; auch er lässt die Betonung der bona fides im Sinne positiven Pflichtbewusstseins vermissen. Binding[11]) behauptet nämlich, zum Vorsatz des § 186 R.St.G.B. gehöre Bewusstsein von der Unbeweisbarkeit der ehrenrührigen Thatsachen. Der § 186 macht aber die Nichtbestrafung

---

[7]) So Urteil E. 30. 10. 1880 3/4. Vergl. auch v. Schwarze, Kommentar, Anm. 16 zu § 113: „Der Thäter handelt auf seine Gefahr, wenn er, trotzdem er die Beamtenqualität erkannt hat, der Handlung Widerstand leistet; es ist zum Dolus nicht die Kenntnis des Thäters von der Rechtmässigkeit der Ausübung erforderlich.“

[8]) Urt. 13. 6. 1884. E. 10, S. 425.

[9]) J. Kohler, l. c. S. 73.

[10]) Binding, l. c. II S. 589.

[11]) Binding, l. c. II S. 611.

von dem rein faktischen Resultat des erbrachten Beweises abhängig, und nichts weist darauf hin, dass der Thäter wie bei der Verleumdung (§ 187) die verächtlich machende Thatsache wider besseres Wissen behaupten oder verbreiten müsse. Auch der Einwand des Beleidigenden, der Andere sei in den Augen der Welt gerichtet, er habe keine Ehre mehr, folglich könne er nicht „beleidigt" werden, deckt ihn nicht: Die Rechtsordnung will Vorsicht und Zurückhaltung im Urteil über den Nebenmenschen erziehen, sie gewährt ihren Schutz dem Schurken, dem nichts zu beweisen ist, genau so wie dem makellosen Mann — straft sie doch auch den Mörder des zum Tode Verurteilten wie einen „Mörder", obwohl der Gemordete bereits ein Kind des Todes war[12]): Ehre und Leben sind Begriffe, über welche allein die Rechtsordnung befindet, wenn ihr Schutz angerufen wird.

Der § 193 R.Str.G.B. spricht von der Wahrnehmung „berechtigter" Interessen: Ein Irrtum darüber, ob „berechtigte" Interessen vorliegen, kann wiederum nicht strafausschliessend wirken; es kommt lediglich darauf an, ob die wahrgenommenen Interessen objektive Berechtigung haben.

Überall, sehen wir, erleidet das „Recht des Wissens" durch die Objektivität Modifikationen. Ein gemeinsames Prinzip lässt sich für den den Vorsatz ausschliessenden Irrtum nicht aufstellen; jedes einzelne Delikt müsste man durchgehen und die in ihm enthaltenen Irrtumsmöglichkeiten prüfen.

Schon oben (pag. 27) hoben wir hervor, dass die Grenze zwischen That- und Rechts-Irrtum nur scheinbar eine deutliche sei. Der Grund ist, dass nicht jeder Rechtsirrtum Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts ist. Wir sind gezwungen, zwischen Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts und Rechtsirrtum über ausserstrafrechtliche Normen zu unterscheiden; nur ersteren können wir für den „Satz von der Objektivität" in Anspruch nehmen, nur auf ihn können wir den Satz „error iuris nocet" beziehen. Aus der Natur des strafrechtlichen Vorsatzes ergiebt sich diese Einschränkung von selbst: Da, wie wir gesehen haben (pag. 12), für das Gebiet des Strafrechts nur in Betracht kommt, ob eine Handlung nach den Begriffen des Strafgesetz-

---

[12]) Auch bei der Sachbeschädigung wird die kriminelle Haftbarkeit für den Erfolg nicht dadurch beseitigt, dass er auch ohne eigene Thätigkeit eingetreten wäre. cf. E. XXII, S. 325.

gebers Unrecht ist, so kann die Strafsatzung durch einen Rechtsirrtum nur soweit unberührt bleiben, als er in ihrem Sinne ein Rechtsirrtum, kurz ein krimineller Rechtsirrtum ist; dahingegen der Irrtum über eine ausserstrafrechtliche Norm für das Strafrecht kein Rechtsirrtum, vielmehr ein die Strafe ausschliessender faktischer Irrtum ist: Die Objektivität des Strafrechts kommt dort nur insofern zur Geltung, als kriminelles Unrecht hier nur insofern krimineller Rechtsirrtum vorliegt.

Die Schwierigkeit besteht nun darin, den Rechtsirrtum als einen die Strafe ausschliessenden thatsächlichen Irrtum einerseits, ihn andrerseits als Irrtum über eine strafrechtliche Norm, als welcher irrelevant ist, zu entlarven.

Zuvor sei bemerkt, dass die Meinung vieler dahin geht, den Rechtsirrtum, auf welchem Gebiete er sich auch bewege, sei er strafrechtlich oder ausserstrafrechtlich, ein für allemal unberücksichtigt zu lassen, ihm in keinem Falle die Wirkung des thatsächlichen Irrtums einzuräumen.[13]) Diejenigen, welche in einem Irrtum über eine rechtliche Norm keinen faktischen Irrtum im Sinne des Strafrechts erblicken können, welche die Sonderstellung des error facti im Gewande des error iuris nicht anerkennen, betonen, dass die meisten Irrtümer, soweit sie nicht Art und Quantum der Strafe beträfen, in einem Irrtum über die Gestaltung des gleichsam dahinterliegenden anderweiten Rechts wurzelten, und unmöglich man alle diese Irrtümer berücksichtigen könne.[14])

Im Grunde ist es die oben gedachte Schwierigkeit, welche die Gegnerschaft gegen den sich als thatsächlichen darstellenden rechtlichen Irrtum hervorruft.

Das Reichsgericht[15]) seinerseits hat sich dadurch nicht beirren lassen, folgenden Grundsatz auszusprechen:

„Es besteht kein allgemeines Prinzip, wonach ein Rechtsirrtum von strafrechtlicher Haftbarkeit überhaupt nicht entschuldigen soll, und ausserdem kann ein Irrtum, welcher nicht Dasein und Sinn des Strafgesetzes als solchen betrifft, vielmehr bei vorhandener Kenntnis

[13]) Namentlich v. Liszt Lehrbuch 6 A. S. 140, v. Bar, G. S. Bd. 38, S. 270, Auch Binding, l. c. II S. 603 und Oetker, Rechtsirrtum S. 83 setzen den ausserkriminellen dem kriminellen Rechtsirrtum gleich.

[14]) So vor allem v. Bar l. c. S. 278.

[15]) E. IV, Urt. vom 27. V. 1881.

des Angeklagten von der bestehenden Strafnorm sich auf civilrechtliche oder kirchenrechtliche Bestimmungen resp. auf die im einzelnen Falle zutreffenden faktischen Voraussetzungen für Anwendung des Strafgesetzes bezieht, als ein thatsächlicher Irrtum sich darstellen" [16].

Auf Grund dieser Betrachtungen gelangt das Reichsgericht zur Freisprechung eines Geistlichen, der zu den religiösen Feierlichkeiten der Eheschliessung in dem irrigen Glauben geschritten war, der gesetzlich erforderliche Nachweis, dass die Ehe vom Standesbeamten bereits geschlossen sei, sei erbracht. Ein freisprechendes Erkenntnis ergeht auch in folgendem Falle [17]:

Der Angeklagte hat sich getäuscht über die Zuständigkeit der die nach § 286 R.St.G.B. erforderliche Erlaubnis zur Veranstaltung einer Lotterie erteilenden Behörde. Er hatte sich an den Bürgermeister seiner Stadt gewandt und von diesem, der in Wahrheit nicht kompetent war, die Erlaubnis bekommen. Die von § 286 geforderte „obrigkeitliche Erlaubnis" lag also objektiv nicht vor. Die Reichsgerichtsentscheidung billigt dem Angeklagten den Schutz des § 59 R.St.G.B. zu, weil sein Irrtum eine ausserhalb des Strafgesetzes liegende Anordnung der Staatsgewalt, nämlich die die Zuständigkeitsverhältnisse regelnde Verordnung betraf — allerdings ein rechtlicher Irrtum, der sich jedoch, bei Licht besehen, als Thatirrtum im Sinne des § 59 R.St.G.B. herausstellt. Der Thatirrtum ist hier durch eine falsche rechtliche Vorstellung erzeugt, er ist selbst kein Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts, wenigstens ist er als rechtlicher Irrtum ohne selbstständige Wesenheit; dass er Kern eines faktischen Irrtums ist, nur dies verleiht ihm Bedeutung, nur als solcher kommt er in Betracht.

In der mannigfachsten Weise kann sich der error facti manifestieren: In seiner reinsten, unmittelbarsten Gestalt zeigt er sich, wenn er hervorgerufen wird durch Unkenntnis des Geschehenen selbst. Hält sich jemand für den Intestaterben und veräussert den Nachlass, ohne zu wissen, dass ein näherer, ihm unbekannter Verwandter des Verstorbenen berufen ist, so beruht sein Irrtum auf Unkenntnis der Existenz eines

---

[16]) Drenkmann, G.S. Bd. VIII S. 167 hebt hervor, dass auch die Materialien des Preuss.St.G.B. deutlich erkennen lassen, dass, wenn sie von der Nichtberücksichtigung des Rechtsirrtums sprechen, sie darunter stets nur den strafrechtlichen Irrtum verstehen, während sie den ausserstrafrechtlichen unter dem Ausdruck „faktischer Irrtum" begreifen.

[17]) E. III, S. 49. Urt. 22. X. 1880.

Rivalen, auf dem Nichtwissen eines Faktums: „Furtum non committit“ sagen die Quellen[18]. Der thatsächliche Irrtum kann auch entstehen durch unrichtige Kombination des bekannten Geschehenen, entweder so, dass die fehlerhafte logische Verbindung auf falsche faktische, oder so, dass sie auf falsche rechtliche Schlüsse zurückgeht. Jemand hält sich infolge unrichtiger Auffassung einer testamentarischen Verfügung für den glücklichen Legatar einer Sache und veräussert sie unbedenklich; in der logischen Verbindung der ihm bekannten Thatsachen irrt er vermöge falscher faktischer Folgerungen. Und wer als Testamentserbe die Erbschaft verkauft, weil er die der gesetzlichen Form entbehrende letztwillige Verfügung irrigerweise für gültig erachtet, ist in einem durch falsche juristische Kombination der äusseren Thatsachen entstandenen Irrtum befangen, ebenso wie der Usufruktuar einer ancilla[19], welcher „partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad usufructuarium pertinet“ diesen partus veräussert: Strafe tritt hier wie dort nicht ein; denn jenem waren die Voraussetzungen eines gültigen Testaments nicht bekannt, diesem war die Regel „partus ancillae in fructu non est“ nicht gegenwärtig.

Wie aber ein faktischer Irrtum vermöge blossen Zufalls mit einem rechtlichen, also einem Thatirrtum der drittbesprochenen Art mitunter zusammenfallen kann, ist ersichtlich aus einem von Osenbrüggen[20] mitgeteilten Fall:

Die Ortsbewohner bringen einem verdienten Gemeindemitgliede ein Ständchen mit Fackeln, nachdem sie vorher beim Ortsvorstand die Erlaubnis zu diesem Ständchen eingeholt hatten; in der Erlaubnis war aber die Fackelbeleuchtung nicht ausdrücklich erwähnt. So befanden sich die Bringer des Ständchens in einem thatsächlichen Irrtum; ein Irrtum über das objektive Recht wäre dieser Irrtum zugleich gewesen, wenn die Fackelbeleuchtung überhaupt nicht, oder doch nicht vom Ortsvorstand hätte gestattet werden können.

Derartige Fälle zeigen deutlich die Wesensgleichheit des ausserstrafrechtlichen mit dem thatsächlichen Irrtum.

Den Unterschied zwischen dem ausserstrafrechtlichen und dem

---

[18]) l. 37 pr. Dig. de usurp. et usucap. 41,3.
[19]) l. 36. eod.
[20]) l. c. I. S. 50.

strafrechtlichen Irrtum möge ein unserm Lotteriefall scheinbar naheverwandter Fall zum Bewusstsein bringen[21]).

Es handelt sich um die Bestrafung aus dem § 286 R.St.G.B. eines Angeklagten, welcher in dem irrtümlichen Glauben, eine obrigkeitliche Erlaubnis nicht nötig zu haben, die fragliche Lotterie für durchaus zulässig gehalten hatte.

Das Reichsgericht hebt hervor, dass das Strafbarkeitsbewusstsein keineswegs Voraussetzung der Strafe ist und fährt dann fort:

„Es kann aber auch nicht gefordert werden, dass der Thäter sich wenigstens der Rechtswidrigkeit, des Verboten- resp. Unerlaubtseins seiner Handlung bewusst gewesen sein müsse.“

Nicht immer ist der rechtliche Irrtum so leicht als ausserstrafrechtlicher, also als thatsächlicher, nicht immer ist er so leicht als strafrechtlicher, also als specifischer Rechtsirrtum im Sinne des Strafrechts zu erkennen wie in den eben behandelten Beispielen.

Folgendes Kriterium eröffnet auch minder deutlichen, minder unzweideutigen Fällen gegenüber den Blick dafür, ob man es mit einem thatsächlichen, den Vorsatz ausschliessenden oder mit einem kriminellen, dem Satze „error iuris nocet“ verfallenden, Irrtum zu thun hat:

Kann sich die Rechtsordnung mit der Vorstellung des Thäters identificieren, hätte — seine irrige Auffassung des Sachverhältnisses zu Grunde gelegt — die Wirksamkeit auch vom Standpunkt des objektiven Strafrechts die vom Thäter angenommene rechtliche Bedeutung, dann liegt ein Thatirrtum vor, wie er auch geartet sein möge. Ist es hingegen der Rechtsordnung nicht möglich, die Begriffe des Handelnden sich zu eigen zu machen, würde sie, wenn sie es thäte, sich selber aufgeben, dann ist ein unter keinen Umständen straflosmachender Irrtum gegeben.

Augenfällig tritt dieser wesentliche Unterschied bei der Putativnotwehr an's Licht: A. glaubt sich einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von Seiten des B. ausgesetzt; er kommt dem vermeintlichen Angriff zuvor und streckt den B. zu Boden. A. hat über die thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehrberechtigung geirrt, er entgeht daher der Strafe. Die Rechtsordnung sieht ein, dass, wenn in

---

21) E. II, S. 269. Urt. vom 25. 9. 1880.

Wirklichkeit die objektiven Voraussetzungen der Notwehr vorgelegen hätten, die Handlung des A. straflos wäre [22]).

Anders, wenn A. sich, nachdem ein Angriff des B. schon lange vorüber ist, gegen letzteren wendet, um das nachzuholen, was er zu rechter Zeit versäumt hat. Thut er dies in der Meinung, dazu durchaus berechtigt zu sein, von einer falschen Auffassung des Begriffes der Notwehr, welcher einen in der Vergangenheit liegenden Angriff von sich ausschliesst, geleitet, so befindet er sich in einem Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen der Notwehr, und von diesem Irrtum kann die Rechtsordnung aus leicht begreiflichem Grunde keine Notiz nehmen. Darf und muss sie einerseits dem thatsächlichen Irrtum Konzessionen machen — „cum facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat [23]) —, so darf sie andrerseits die Begriffe, welche sie selber aufgestellt hat, nicht verleugnen, „cum ius finitum et possit esse et debeat".

Ist der Irrtum entsprungen aus einer vom Strafrecht anerkannten rechtlichen Sphäre, ist er, kurz gesagt, rechtlich fundiert, dann schenkt ihm das Strafrecht Beachtung, nur dann haben wir einen ausserstrafrechtlichen, wie der thatsächliche Irrtum wirkenden, Irrtum vor uns:

Der § 341 R. St. G. B. fordert zum Vorsatz das Bewusstsein des Beamten, zur Vornahme der Verhaftung nicht berechtigt zu sein, folglich sichert ihn ein Irrtum über das die Berechtigung zur Verhaftung regelnde Gesetz, dessen Kenntnis vom Strafgesetz zur Bedingung seiner Strafdrohung erhoben ist, vor der Reaktion des Strafrechts [24]) [25]). Gleiches gilt für alle dolosen Delikte, deren Thatbestand die Nichtbeobachtung bestehender Gesetze involviert; denn immer erfordert hier der Vorsatz absichtliche Nichtbeobachtung der die Grundlage des Strafgesetzbuchs bildenden Vorschriften.

---

[22]) A. M. v. Liszt l. c. S. 154 Anm. 7: Auch wer im Irrtum über die thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr einen Menschen töte, habe für die Folgen seines Irrtums aufzukommen.

[23]) l. 2 Dig. de iuris et facti igeor. XXII, 6.

[24]) Vergl. Reichsgericht E. VIII, S. 104 Urt. 15. II. 1883.

[25]) Die einzige Garantie gegen die „grenzenlose Indolenz" den Gesetzen gegenüber und die „absichtliche Willkür", welche die Berufung auf dergleichen Irrtum zur Folge haben könnte, sieht Drenkmann, Goltd. Archiv VIII, S. 170, in der Aufstellung einer praesuntio doli, so dass also der Angeklagte jedesmal seinen Irrtum zu beweisen hätte.

Masst sich der Thäter jedoch aus eigener Machtvollkommenheit eine Berechtigung an, greift er sich, so zu sagen, eine ihm passende Befugnis aus der Luft, in dem Glauben, nichts Unrechtes zu thun, so hat die Rechtsordnung allen Grund, ihn in seine Schranken zurückzuweisen.

Dies zeigt z. B. ein in dem hier vertretenen Sinne vom Reichsgericht entschiedener Fall [26]: Es handelt sich um einen bestohlenen Erwachsenen, der einem diebischen Knaben eine Züchtigung angedeihen lässt; er ist der Überzeugung, dazu vollauf berechtigt zu sein und obendrein noch ein erzieherisches Werk zu thun.

Nichtsdestoweniger erklärt ihn das Reichsgericht der vorsätzlichen Körperverletzung für schuldig. Es führt aus, der § 223 R.St.G.B. habe die selbstverständliche Einschränkung, dass die Körperverletzung straflos sei, soweit sie in Ausübung eines dem Angeklagten zustehenden Rechtes erfolge. Angeklagter habe sich aber in der Eigenschaft als Bestohlener ein für dieses Verhältnis dem Strafrecht fremdes Züchtigungsrecht zugeschrieben, ihm komme daher der § 59 R.St.G.B. nicht zu gute.

Der Fall lehrt uns, dass die bona fides des Thäters, sei sie sittlich noch so tief begründet, wenn sie keinen Boden hat in einem zu Recht bestehenden Verhältnisse, vor dem Forum des Strafrechts nichts gilt. Ganz anders hätte der Züchtigende sich irrthümlich für den Lehrer des von ihm gezüchtigten Jungen gehalten; dann läge ein faktischer Irrtum von strafausschliessender Wirkung vor, wenn er auch ein rechtliches Verhältnis betrifft. Denn dieses rechtliche Verhältnis ist vom Strafrecht anerkannt, der Lehrer hat eine Züchtigungsbefugnis.

Lehrreich ist auch der Fall der vier Brauknechte [27], die mit dem Brauherrn zusammen in den an einen Restaurateur vermieteten Garten eingedrungen sind, um den Mieter auf Geheiss ihres Herrn zu exmittieren. Festgestellt ist, dass der Brauherr selbst, der Vermieter, sich gegen § 123 R.St.G.B. vergangen hat. Es fragt sich nun, wie die vier Knechte zu behandeln sind. Das Reichsgerichtserkenntnis unterscheidet: Es kommt darauf an, ob die Brauknechte in einem Irrtum über die strafrechtliche Qualifikation ihres Treibens gehandelt

---

[26]) E. IV. S. 98.

[27]) Entschieden vom Reichsgericht E. IV, S. 124. Urt. vom 9. V. 1881.

haben, oder ob sie geglaubt haben, aus eignem Rechte den Garten betreten zu dürfen, einem Rechte, dass sie aus der Person ihres Dienstherrn ableiten zu können meinten. „Im ersten Fall", sagt das Erkenntnis, „kann nach bekannten Grundsätzen kein Zweifel sein, dass ihr Handeln dem § 123 R.St.G.B. unterliegt; im andern Falle sind sie entschuldigt, denn ihr Irrtum betrifft ein Privatrechtsverhältnis, das ausserhalb des Strafgesetzes liegt".

Bevor wir zum Subsumtionsirrtum, einer Unterart des strafrechtlichen Irrtums übergehen, sei noch der Möglichkeit gedacht, dass der Irrtum eine nur scheinbare „ausserhalb des Strafgesetzes" liegende, in Wahrheit zum Inhalte des Strafgesetzes als ein Bestandteil desselben gehörende Norm betrifft:

A. lebt in ehelicher Gemeinschaft mit der Tochter erster Ehe seiner verstorbenen Ehefrau B. [28]) Dem A. war bei Vollziehung des geschlechtlichen Umgangs die Ungültigkeit der mit der Tochter der B. eingegangenen Ehe nicht bekannt, und auf diese Unkenntnis stützt die I. Instanz, gegen deren Urteil Revision eingelegt ist, die Freisprechung des A. vom Vergehen des § 173 R.St.G.B.

Das Reichsgericht konstatiert demgegenüber, dass solche blutschänderischen Konkumbenten, wie der A. und die Tochter der B., trotz voraufgegangener Eheschliessung vor dem Gesetz Ehegatten nicht sind. Wenn der angeklagte A. geglaubt habe, das Gesetz erkenne im § 173 eine rechtsgültige Eheschliessung unter Verschwägerten auf- und absteigender Linie ersten Grades an, und nehme den Beischlaf in solchem Falle von der Strafbarkeit aus, so laufe der von der I. Instanz angenommene Irrtum des A. über das eherechtliche Verbot in einen solchen über das Strafgesetz hinaus. Das eherechtliche Verbot sei integrierender Bestandteil des Strafgesetzes, und seine Unkenntnis oder falsche Auslegung könne ebensowenig wie des Strafgesetzes selbst Entschuldigung finden. [29])

Zu eben dieser falschen Auslegung des gekannten Strafgesetzes selbst, zu dem sogenannten „Subsumtionsirrtum", wie gesagt, einer Unterart des kriminellen error iuris, wenden wir uns nunmehr.

---

[28]) Ein vom Reichsgericht E. V. S. 159 Urt. vom 10. XI. 1881 entschiedener Fall.

[29]) Die Römer dachten milder über den Incest, „si modo incestum per matrimonium illicitum contractum est". (l. 39, § 3 Dig. ad. leg. Int. 48,5.) Von der römischen Auffassung des Incestes wird noch die Rede sein.

Gerade der Subsumtionsirrtum zeugt besonders dafür, wie sehr eine starke Betonung einer unverrückbaren Objektivität der Willkür individueller Einsicht gegenüber am Platze ist.

Ein auf den ersten Blick befremdliches Urteil des Reichsgerichts sei zuerst aufgeführt[30]:

Wegen „Kuppelei“ wird eine Frau verurteilt, welche dem Verlobten ihrer Tochter den Beischlaf mit letzterem gestattet hat. Der Einwand der Angeklagten, sie habe sich dabei nicht gedacht, „der Unzucht Vorschub zu leisten,“ wird mit der Bemerkung, dass ein Irrtum über den von den §§ 180, 181 aufgestellten Begriff „Unzucht“ nicht in die Wagschale fallen könne, verworfen. Der Thatbestand des § 181 Abs. 2 R.St.G.B. sei gegeben, die Frau somit für's Zuchthaus reif.

Bedenkt man, dass mit dem Verbrechen des § 181 Abs. 2 R.St.G.B. obligatorischer Ehrverlust verknüpft ist, wird man sich nicht leicht hineinfinden können, dass eine vielleicht sonst ehrbare Person so harter Strafe verfallen muss.

Doch gar häufig kommt es vor, dass der Thatbestand einzelner Verbrechen in der populären Anschauung ein anderer, namentlich engerer, als der von Gesetz und Wissenschaft festgestellte ist; wie es auch im Civilrecht[31] nichts ungewöhnliches ist, dass neben der juristischen eine naturalistische Vorstellung herläuft: Juristisch ist in Rom der Vater Eigentümer des von den Hauskindern Erworbenen, „nihil suum habere poterant,“ ist der Mann Eigentümer der dos; doch volkstümlich war, dort ein gemeinsames Vermögen anzunehmen und in der dos Frauengut zu sehen.

Das Wort „Kuppler“ hat im Ohre des Volks einen andern Klang wie in der Gesetzessprache, und daher das Staunen und Kopfschütteln über eine Verurteilung, wenn die Volksvorstellung mit der für den Richter verbindlichen Ansicht nicht homogen ist.

Derselben Differenz zwischen populärer Anschauung und Gesetz begegnen wir beim Diebstahlsbegriff. Dem gemeinen Mann will es nicht einleuchten, dass jemand „Dieb“ ist, der ohne jede Bereicherungs-

---

30) E. VIII, S. 172 Urt. vom 2. XI. 1882.

31) cf. Dernburg, Pandekten I (3. A.) S. 122, Anm. 4.

absicht sein gutes Recht zu verfolgen glaubt[32]), wie jener Gläubiger, welcher der Konkursmasse des Cridars einen dazu gehörigen Wagen entnimmt, um sich daraus für eine ihm zustehende Geldforderung bezahlt zu machen und damit alles andere als einen „Diebstahl" zu begehen meint[33]).

Nicht dass der Dieb meint, er stehle, macht, dass er gestraft wird, sondern dass er stiehlt.

Zeigt das Prinzip der Irrelevanz des Subsumtionsirrtums auch scheinbare Härten, so ist es für die Praxis doch unentbehrlich: Man denke sich einen Sodomiten, dem die strenge Strafbestimmung in Hinsicht auf die unnatürliche Befriedigung der Wollust bekannt ist und der sich damit entschuldigen wollte, er habe nicht eingesehen, dass hierunter auch die von ihm begangene Handlung befasst sei. Drastischer noch ist ein durch Erkenntnis des preusischen Obertribunals[34]) entschiedener Fall:

Angeklagter, welcher durch eine zufällig entstandene Öffnung in ein Gebäude eingestiegen ist, wendet ein, er habe unter den im Gesetze gedachten „zum Eingang nicht bestimmten" Öffnungen nur solche verstanden, welche infolge der Konstruktion des Gebäudes absichtlich angelegt sind. Abgesehen davon, dass der Einbrecher bei der That schwerlich an diese Gesetzesworte gedacht haben, sich wohl bei dem Zufall für die willkommene Gelegenheit bedankt haben wird, lehrt der Einwand: Wollte man solcher Ausflucht Gehör schenken, so hätte der Angeklagte es in seiner Wahl, da, wo ein milderes neben einem strengeren Gesetz in Frage kommt, sich das ihm passende auszusuchen, wenn er nur den Schein wahrt, als verstünde er sich schlecht auf die Lösung juristischer Probleme[35]). —

Das Resultat dieses und des vorigen Paragraphen sei dahin zusammengefasst:

Das subjektive Dafürhalten des Thäters, sein eigenes Meinen

---

[32]) Vergl. hierzu in Dernburg's Vortrag „Die Phantasie im Recht" die Bemerkungen über Diebstahl, Betrug, Unterschlagung. D's. Auffassung — er fordert „diebische" Absicht beim Dieb — stimmt mit der Volksanschauung überein, nicht aber mit dem Wortlaut des Gesetzes, der für den Richter massgebend sein muss.

[33]) Vergl. die Ausführungen des Reichsgerichts, E. IV, S. 124, Urt. vom 6. V. 1881.

[34]) Erkenntnis vom 17. II. 1859.

[35]) A. M. über den Subsumtionsirrtum ist Savigny, System III, S. 337/38. Er sieht in ihm einen faktischen Irrtum.

darüber, ob seine Handlung eine Reaktion des Strafrechts nach sich ziehe, hat nicht den geringsten Einfluss auf das mit objektiver Notwendigkeit gegebene Verhältnis des Strafrechts zu dieser Handlung. Das aus dem Wesen der „Handlung“ folgende „Recht des Wissens“ äussert sich für das Strafrecht darin, dass ein thatsächlicher Irrtum die Strafe ausschliesst. Der thatsächliche Irrtum kann, wie gezeigt, auch als rechtlicher Irrtum auftreten. Der rechtliche Irrtum gilt aber in den Augen des Strafrechts nur soweit als faktischer, als er eine ausserhalb des Strafrechts liegende Norm betrifft. Stellt sich der Irrtum dar als strafrechtlicher, sofort tritt der Satz in seine Rechte, dessen tieferem Sinn und Bedeutung die Betrachtung des folgenden Paragraphen gewidmet ist.

§ 5.

Der Satz: Error (ignorantia) iuris nocet.

Welche innere Begründung hat dieser Satz, der in radikaler Kürze ein hartes Prinzip aussprechend, ein Grundpfeiler der staatlichen Sicherheit ist?

So anerkennenswert das Bestreben ist, dem Individuum nicht zu nahe zu treten, jede noch so geringe materielle Ungerechtigkeit zu vermeiden, so scheint uns doch jene Theorie, welche das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit für den strafrechtlichen Vorsatz als begriffswesentlich hinstellt, zum Prinzip erhoben, nicht geeignet zu sein, den Staat, wie Ihering sagt, vor der „Todsünde einer Staatsgewalt ohne Gewalt“ zu bewahren.

Aber nicht nur aus Utilitätsrücksichten ist der Satz „ignorantia iuris nocet“ eine Notwendigkeit. Aus dem Wesen des Verbrechens selbst sowie aus dem Verhältnis zwischen Verbrechen und Strafsatzung folgt, dass es unangebracht ist, dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit für die Zurechnungsfrage massgebende Bedeutung beizulegen.

Klar ist, dass das Strafgesetz nicht Selbstzweck ist, vielmehr dazu bestimmt ist, äusserlich als Markstein anzudeuten, wo der Staat die Grenze zwischen Civilunrecht und strafbarem Unrecht zieht, eine Grenze, die im Laufe der Zeiten beständigem Wechsel unterliegt. Der Begriff des Verbrechens setzt ein vorhergegangenes Gesetz nicht voraus, wie Feuerbachs psychologische Zwangstheorie, von der weiter unten noch zu reden ist, irrtümlich annimmt.

Die Definition des Verbrechens als einer vom Staate gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung ist rein formaler Art, sie giebt nur das äussere Merkmal des Verbrechens an, nicht aber, was es im Grunde, was es seinem Wesen nach ist, nämlich die von Seiten der Gesetzgebung nur durch Strafe abzuwehrende Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft [1] [2]). Die Strafe ist demnach eine notwendige Reaktion des gereizten Selbsterhaltungstriebes der Gesellschaft wie die Rache, die Vorläuferin der Strafe, der natürliche Ausfluss des Strebens nach Selbstbehauptung des Individuums und der Rasse ist. Die Strafe ist an und für sich gerechte Folge des Verbrechens; zur Begründung der Gerechtigkeit der Strafe bedarf es nicht erst der zwischen Verbrechen und Strafe tretenden Androhung des Strafübels. Der Satz „nulla poena sine lege" bedeutet nicht, dass die positive Satzung Quelle des staatlichen Straf-Rechtes sei, dass die heiligste Pflicht des Staates, zu strafen, ihren letzten Grund in der geschriebenen lex habe. [3]) Es ist nichts weiter als die Forderung eines geordneten Rechtszustandes, eine notwendige Garantie der Rechtssicherheit. Im Civilrecht entspricht ihm der Satz, dass die Gesetze in dubio keine rückwirkende Kraft haben. Vor der Publikation des Strafgesetzes darf nicht gestraft werden, damit niemand richterlicher Willkür zum Opfer falle. Die Verbindlichkeit des Strafgesetzes ist also nicht bedingt durch die wirkliche Kenntnis desselben seitens des Handelnden, sondern diese Verbindlichkeit wird lediglich durch die ordentliche Publikation und die dadurch gebotene Möglichkeit einer Kenntnisnahme des Gesetzes bedingt. Dass Rechtsirrtum und Rechtsunwissenheit die Strafbarkeit der verbrecherischen Handlung nicht aufheben können, hat seinen Grund nicht in der rechtlichen Vermutung, ein jeder kenne das Gesetz — eine Vermutung, die weiter nichts ist als leere Fiktion — sondern, wie gesagt, im Wesen des Verbrechens.

Wer eine Handlung begeht, welche ein Verbrechen enthält, tastet schon damit die an sich zu Recht bestehenden Güter an, gefährdet,

---

[1]) cf. Ihering, Zweck I. S. 490. 3 A.

[2]) Die C. C. C. spricht daher von „Missthaten" anstatt von „Strafthaten".

[3]) Davon ausgehend, dass die lex die materielle Rechtfertigung der Strafe nicht enthalte, tritt Oerstedt, über die Grundregeln des Strafrechts § 15, für Bestrafung vor der Publikation des Gesetzes ein, wenn der Verbrecher sich der Rechtswidrigkeit bewusst war. Auch der analogia iuris giebt Oerstedt im Hinblick auf die wahre Bedeutung der Strafsatzung Raum.

verletzt schon damit die Lebensinteressen des Staates, kehrt schon damit seinen Willen gegen die objektive Rechtsordnung.

Binding[4]) stellt den Satz auf:

„Wer die Rechtwidrigkeit der Handlung nicht gekannt hat, der beweist wenigstens für diese seine That, dass er den Gesetzen nicht wissentlich den Krieg erklären wollte". — Als wäre die wissentliche Kriegserklärung gegen die Gesetze Voraussetzung für die Reaktion der Rechtsordnung gegen die wissentlich geschehene Verletzung der Rechtsgüter! Denn auf die wissentliche Verletzung dieser Rechtsgüter kommt es allein an: sie macht die Handlung zum „Verbrechen", und nicht die wissentliche Übertretung der diese Verletzung poenalisierenden Gesetze, wie dies die Auffassung des eben citierten Binding'schen Satzes ist, aus dem die das Verbrechen im bewussten Ungehorsam gegen die Norm sehende Normtheorie deutlich herausklingt.

Durchaus unrichtig ist es, dass wie dies auch von andrer Seite [5]) behauptet wird, welche u. E. die Gesinnung, die bona fides überhaupt zu laut betont, durchaus unrichtig ist es, dass eine unbewusste Rechtswidrigkeit keine Feindseligkeit gegen die Rechtsordnung enthalte. Ob ihr etwas entgegen, feindselig sei, entscheidet allein die Rechtsordnung selber. Ist es doch jedem Individuum unbenommen, denjenigen, welchen es seinen Bestrebungen entgegen weiss, als seinen Feind zu behandeln, ob sich nun jener der bestehenden Gegnerschaft bewusst ist oder nicht. Ebenso zu denken, hat die Rechtsordnung das Recht und gegen sich selbst die Pflicht.

Noch auf anderen Wege sucht man den Satz „ignorantia iuris nocet" zu Falle zu bringen:

Davon ausgehend, dass das eigentliche Feld der ignorantia iuris das Gebiet der Polizeidelikte ist, macht man auf gegnerischer Seite geltend, dass gerade hier Unbekanntschaft mit dem Gesetz die Fürsprache der Verzeihlichkeit habe, da die Gebote und Verbote der polizeilichen Satzungen, Rechtscharakter allein durch die positive Vorschrift erhaltend, keinen Widerhall im „Rechtsgefühl" des Volkes hätten, somit ein „Schuldbewusstsein" bei ihrer Übertretung gar nicht

---

[4]) l. c. II. S. 117.
[5]) Ortloff, die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung S. 44.

aufkommen könne, wie bei jenen Verbrechen, die als solche in Fleisch und Blut des Volkes übergegangen seien.

Demgegenüber sei darauf hingewiesen, dass es gerade bei den polizeilichen Satzungen darauf ankommt, die Interessen des allgemeinen Wohls gegen die an sich nicht rechtswidrige Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit des Einzelnen zu schützen. Der vom Bedürfniss einer gedeihlichen Coexistenz der Gesellschaft dringend gebotene Ordnungszweck der polizeilichen Gesetze, er würde vereitelt werden, wenn die Unachtsamkeit auf die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen genügenden Entschuldigungsgrund für die ungesetzliche Handlung bilden sollte.

Der Einwand, die polizeilichen Satzungen ständen mit den übrigen Strafgesetzen nicht auf gleicher Stufe, weil bei ihnen die Anknüpfung an das Rechtsgefühl fehle und von „Schuld“ keine Rede sein könne, wenn der Thäter die Existenz des von ihm übertretenen Gebots oder Verbots nicht kannte, hat scheinbare Berechtigung, aber auch nur scheinbare.

Wir halten es für angezeigt, an dieser Stelle die Begriffe „Schuld,“ „Rechtsgefühl“ auf ihren wahren Wert für die strafrechtliche Zurechnung der Handlung zurückzuführen; dann wird sich entscheiden lassen, ob sich denn in Wirklichkeit auf den gegnerischen Einwand eine Verurteilung des Satzes „ignorantia iuris nocet“ gründen lässt.

Sittliches Werturteil will die Strafe nicht sein! Schon oben (pag. 41) hoben wir hervor, dass sie im Grunde ein Ausfluss des gesellschaftlichen Selbsterhaltungstriebes ist. In der Urgeschichte aller Völker — dies lehrt die vergleichende Rechtswissenschaft — tritt die Strafe in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt auf: als eine mit der Unerbittlichkeit des Naturgesetzes wirkende Reaktion gegen die von aussen kommende Störung eines genossenschaftlichen Organismus.

Während späterhin der menschliche Wille die Achse des ganzen Strafrechts ist, d. h. niemals Strafe verhängt wird, wenn er nicht im Spiele, wenn keine Verantwortlichkeit vorhanden ist, giebt es im ursprünglichen Strafrecht keine Handlungen, sondern ausschliesslich Ereignisse: Gegen das Tier, gegen das Kind, gegen den Wahnsinnigen richtet sich die Strafe. Auch wer zufällig Blut vergiesst, entgeht der Strafe nicht; das in der Hand des Mannes ruhende Eisen, an dem sich ein andrer beschädigt, die Grube, drein jemand fällt, wird, gleichsam lebendig handelnd gedacht, zur Rechenschaft gezogen, wie das Kind

den „bösen“ Tisch, an dem es sich gestossen hat, dafür schlägt, der Hund nach dem Stein beisst, der ihm im Wege liegt. In unserm heutigen Sprachgebrauch erinnert noch daran, dass „schuld sein“ ursprünglich ohne jedweden sittlichen Beigeschmack gebraucht ist und lediglich die äussere Kausalität ausdrückt, wenn wir von leblosen Gegenständen sagen, sie seien an irgend einem Erfolge „schuld“.

In der That drückt sich im Bewusstsein der strafenden Gewalt die längste Zeit hindurch nichts davon aus, dass man einem „Schuldigen“ im Sinne eines moralisch Unwerten den verdienten Lohn geben wolle. Vielmehr sah man in dem Gestraften lediglich den Schaden-Anstifter, der unschädlich gemacht werden musste, das Glied, das weggeschnitten werden musste, um den Leib des gesellschaftlichen Organismus lebenskräftig zu erhalten. Und der, den die Strafe ereilte, fühlte sich nicht etwa zerknirscht in Reue über seine „Schuld“, — ihm war's zu Mute wie beim Eintritt eines unvorhergesehenen Naturereignisses, dessen Übermacht gegenüber nichts andres angebracht ist als Resignation.

Ob der Thäter mit dem Bewusstsein der Verwerflichkeit seiner Handlung gehandelt hatte, danach wurde nicht gefragt und konnte gar nicht gefragt werden in einer Zeit, wo die Menschen noch nicht die Pforte durchschritten hatten, über der geschrieben stand: Ihr werdet erkennen, was Gut und Böse ist — als die Menschen noch „jenseits von Gut und Böse“ waren.

Erst durch die Strafe lernten sie diese Begriffe kennen; erst musste sich eine Gewalt erheben, die da sagte: Dies dürft ihr thun, dies müsst ihr lassen. Jener harmlose Zustand, der keine Scham kannte, dem das Feigenblatt noch fehlte, wo es keinen „Anstand“, keine „Moralität“ gab, wo jeder Einzelne nichts als Egoist war wie das neugeborene Kind, das nur einen Trieb fühlt: seinen Hunger zu stillen — jener völlig kindliche Zustand nimmt plötzlich ein Ende. Eine übermächtige Gewalt, gegen die es keinen Widerstand giebt, schreckt den Menschen aus der Unbefangenheit seines tierischen Daseins auf, vertreibt ihn aus dem Paradiese der Unschuld, macht den Menschen erst zum Menschen, indem sie ihm einimpft, was Gut, was Böse ist, und bereitet den Boden, auf dem ein bis dahin ungekanntes Kraut emporspriesst — das schlechte Gewissen.

Rache, Mitleid, Hass, Liebe, Mord erhalten einen andern Klang als sie ehedem hatten: Eine lobende oder tadelnde Nebenbedeutung heftet sich an sie, verschmilzt mit ihnen so eng, dass sie bald nicht

mehr abzutrennen ist[6]). Was vordem nur natürlich war: die intensivste Bejahung des eignen Willens zum Leben allem andern, was daneben lebte, leben wollte, zu Trotz und Feindschaft, dieses sich nach Möglichkeit Ausleben, es wird mit einem Mal zur „Sünde", zum Verbrechen, zur „Schuld."

Die Strafe ist es, welche den Keim zur höchsten Sittlichkeit, deren der Mensch fähig ist, legt, indem sie die Bejahung des eignen Willens auf Kosten der andern, unterdrückt und so die Brücke schlägt zum Ideal des Altruismus: Denn von der Nicht-Bejahung des eignen Willens zum Schaden anderer, bis zur Verneinung des eignen Willens dem Mitmenschen zuliebe, bis zur „Selbstaufopferung" ist der Weg nicht mehr weit. —

Die Strafe hat, sahen wir, den Begriff der Schuld geschaffen; nicht aber umgekehrt ist die Strafe — deren Ursprung mit der Ethik nichts zu thun hat[7]) — aus dem Streben entsprungen, eine Schuld zu sühnen, gegen die Gesinnung zu reagieren, die mala fides zu richten; denn dann hätte sie vor der bona fides, welche in der Urzeit der allgemeine Zustand war, ihr Schwert in die Scheide stecken müssen.

Die Bedeutung des mit der Macht des sinnlichen Eindrucks wirkenden Faktums für das Rechtsleben heisst es verkennen, wenn man den Schwerpunkt in die Gesinnung verlegt.

Der Satz des Ulpian: „Cogitationis nemo poenam patitur" besagt, dass erst mit der That die Sphäre des Rechtes beginne. Er besagt, dass mit der Gesinnung das Strafrecht eigentlich nichts zu schaffen habe.

Die That wird nicht gestraft als Ausdruck einer an sich schon rechtswidrigen Gesinnung, als Offenbarung eines an sich bereits dem Kriminalrichter verfallenen psychischen Vorganges — gestraft wird das sinnlich in die Erscheinung getretene Willensprodukt als solches. Ausschliesslich an dieses hat sich das Strafrecht bei der Zurechnungsfrage zu halten. Die moralische Schuld darf bei der Zurechnungsfrage nicht in's Gewicht fallen.

Abgesehen davon, dass der strafende Staat um das „forum internum" sich nicht kümmert, lässt sich auch die Grenze zwischen

---

[6]) Vergl. Paul Rée, Die Entstehung des Gewissens. Buch II, Abschnitt I.

[7]) Hierzu vergl. v. Liszt, Zeitschr. für d. ges. Strafrechte. B. 3, S. 1 ff., Der Zweckgedanke im Strafrecht.

den „bösen“ Tisch, an dem es sich gestossen hat, dafür schlägt, der Hund nach dem Stein beisst, der ihm im Wege liegt. In unserm heutigen Sprachgebrauch erinnert noch daran, dass „schuld sein“ ursprünglich ohne jedweden sittlichen Beigeschmack gebraucht ist und lediglich die äussere Kausalität ausdrückt, wenn wir von leblosen Gegenständen sagen, sie seien an irgend einem Erfolge „schuld“.

In der That drückt sich im Bewusstsein der strafenden Gewalt die längste Zeit hindurch nichts davon aus, dass man einem „Schuldigen“ im Sinne eines moralisch Unwerten den verdienten Lohn geben wolle. Vielmehr sah man in dem Gestraften lediglich den Schaden-Anstifter, der unschädlich gemacht werden musste, das Glied, das weggeschnitten werden musste, um den Leib des gesellschaftlichen Organismus lebenskräftig zu erhalten. Und der, den die Strafe ereilte, fühlte sich nicht etwa zerknirscht in Reue über seine „Schuld“, — ihm war's zu Mute wie beim Eintritt eines unvorhergesehenen Naturereignisses, dessen Übermacht gegenüber nichts andres angebracht ist als Resignation.

Ob der Thäter mit dem Bewusstsein der Verwerflichkeit seiner Handlung gehandelt hatte, danach wurde nicht gefragt und konnte gar nicht gefragt werden in einer Zeit, wo die Menschen noch nicht die Pforte durchschritten hatten, über der geschrieben stand: Ihr werdet erkennen, was Gut und Böse ist — als die Menschen noch „jenseits von Gut und Böse“ waren.

Erst durch die Strafe lernten sie diese Begriffe kennen; erst musste sich eine Gewalt erheben, die da sagte: Dies dürft ihr thun, dies müsst ihr lassen. Jener harmlose Zustand, der keine Scham kannte, dem das Feigenblatt noch fehlte, wo es keinen „Anstand“, keine „Moralität“ gab, wo jeder Einzelne nichts als Egoist war wie das neugeborene Kind, das nur einen Trieb fühlt: seinen Hunger zu stillen — jener völlig kindliche Zustand nimmt plötzlich ein Ende. Eine übermächtige Gewalt, gegen die es keinen Widerstand giebt, schreckt den Menschen aus der Unbefangenheit seines tierischen Daseins auf, vertreibt ihn aus dem Paradiese der Unschuld, macht den Menschen erst zum Menschen, indem sie ihm einimpft, was Gut, was Böse ist, und bereitet den Boden, auf dem ein bis dahin ungekanntes Kraut emporspriesst — das schlechte Gewissen.

Rache, Mitleid, Hass, Liebe, Mord erhalten einen andern Klang als sie ehedem hatten: Eine lobende oder tadelnde Nebenbedeutung heftet sich an sie, verschmilzt mit ihnen so eng, dass

aufkommen könne, wie bei jenen Verbrechen, die als solche in Fleisch und Blut des Volkes übergegangen seien.

Demgegenüber sei darauf hingewiesen, dass es gerade bei den polizeilichen Satzungen darauf ankommt, die Interessen des allgemeinen Wohls gegen die an sich nicht rechtswidrige Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit des Einzelnen zu schützen. Der vom Bedürfniss einer gedeihlichen Coexistenz der Gesellschaft dringend gebotene Ordnungszweck der polizeilichen Gesetze, er würde vereitelt werden, wenn die Unachtsamkeit auf die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen genügenden Entschuldigungsgrund für die ungesetzliche Handlung bilden sollte.

Der Einwand, die polizeilichen Satzungen ständen mit den übrigen Strafgesetzen nicht auf gleicher Stufe, weil bei ihnen die Anknüpfung an das Rechtsgefühl fehle und von „Schuld“ keine Rede sein könne, wenn der Thäter die Existenz des von ihm übertretenen Gebots oder Verbots nicht kannte, hat scheinbare Berechtigung, aber auch nur scheinbare.

Wir halten es für angezeigt, an dieser Stelle die Begriffe „Schuld,“ „Rechtsgefühl“ auf ihren wahren Wert für die strafrechtliche Zurechnung der Handlung zurückzuführen; dann wird sich entscheiden lassen, ob sich denn in Wirklichkeit auf den gegnerischen Einwand eine Verurteilung des Satzes „ignorantia iuris nocet“ gründen lässt.

Sittliches Werturteil will die Strafe nicht sein! Schon oben (pag. 41) hoben wir hervor, dass sie im Grunde ein Ausfluss des gesellschaftlichen Selbsterhaltungstriebes ist. In der Urgeschichte aller Völker — dies lehrt die vergleichende Rechtswissenschaft — tritt die Strafe in gleicher, typisch wiederkehrender Gestalt auf: als eine mit der Unerbittlichkeit des Naturgesetzes wirkende Reaktion gegen die von aussen kommende Störung eines genossenschaftlichen Organismus.

Während späterhin der menschliche Wille die Achse des ganzen Strafrechts ist, d. h. niemals Strafe verhängt wird, wenn er nicht im Spiele, wenn keine Verantwortlichkeit vorhanden ist, giebt es im ursprünglichen Strafrecht keine Handlungen, sondern ausschliesslich Ereignisse: Gegen das Tier, gegen das Kind, gegen den Wahnsinnigen richtet sich die Strafe. Auch wer zufällig Blut vergiesst, entgeht der Strafe nicht; das in der Hand des Mannes ruhende Eisen, an dem sich ein andrer beschädigt, die Grube, drein jemand fällt, wird, gleichsam lebendig handelnd gedacht, zur Rechenschaft gezogen, wie das Kind

sittlicher Schuld und Entschuldbarkeit schwer fixieren. Der Moralis — und je schwerer das Verbrechen ist, desto eher wird er dazu neigen — hat gar häufig eine Apologie für den Verbrecher bereit: die Handlung sei auf den Einfluss verderblicher Erziehung, böser Gesellschaft u. s. w. zurückführen — ihm selbst, dem Verbrecher, könne die That nicht „zugerechnet" werden. Der Richter darf sich nicht leiten lassen von dem Satze „tout comprendre, c'est tout pardonner", wenn er darüber entscheiden soll, ob „schuldig", oder „nichtschuldig". Gleichsam wie ein schlechter Arzt muss der Richter auf das Symptom selbst hin kurieren, ignorieren muss er die „Vorfabel", die Entstehungsgeschichte des Verbrechens, wenn er sich vor die Zurechnungsfrage gestellt sieht.

Bei der Ausmessung der Strafe darf und muss der Richter allerdings die näheren Umstände der Entstehung des vorliegenden Deliktes berücksichtigen, hier kann er die Entschuldbarkeit des Verbrechens, die Verzeihlichkeit eines Rechtsirrtums in Anschlag bringen da, wo das Gesetz Spielraum hierzu gewährt[8]). Aber dies liegt auf einem andern Felde! Nicht entschieden genug kann betont werden, dass die Zurechnungs- von der Strafabmessungsfrage streng zu scheiden ist. Es verhält sich hiermit analog wie mit der Schadensersatzfrage im Civilrecht:

Ob gestraft wird, ob Ersatz zu leisten ist, ist eine Frage für sich. Eine andere Frage ist das Wieviel, und hierauf hat die bona fides in erheblichem Masse Einfluss, hier kommt der „innere Mensch" zu Worte. Wie das Mass des Schadenersatzes für den bonae fidei possessor und den malae fidei possessor ein verschiedenes ist, ersterer bei Herausgabe der Früchte besser gestellt ist als letzterer, so wird das Strafübel nach der Intensität der Schuld bemessen. Fest muss jedoch stehen: Der Eigentümer kann die ihm gehörige Sache vom bonae fidei possessor vindizieren so gut wie vom malae fidei possessor — herausgeben müssen die Sache beide und der in einem Rechtsirrtum Befangene leidet seine Strafe so gut wie der bewusst Rechtsfeindliche. Ebensowenig wie die bonae fidei possessio das Eigentum als solches in Frage stellen kann, ebensowenig kann noch so grosse Entschuldbarkeit

[8]) Aus kriminalpolitischen Gründen kann u. U. sogar völlige Straflosigkeit eintreten. Aber mit der Straflosigkeit ist die Zurechnungsfrage hier nicht verneint! Einen Anspruch auf Freisprechung hat der Thäter in keinem Falle, wenn die objektiv strafbare Handlung auf seinen Willen zurückführbar ist.

der Handlung von allgemein menschlichem Standpunkte aus das staatliche Straf-Recht in Frage stellen: Hier wie dort muss die bona fides angesichts der objektiven Realität weichen.

Auf das Fehlen der „Schuld“ im Sinne moralischen Vorwurfs lässt sich — zu diesem Resultate sind wir gelangt — der Anspruch des Wegfalls der Strafe nicht stützen. Ebensowenig ist aber die Ursache der mangelnden „Schuld“, nämlich die Apathie des „Rechtsgefühls“ dazu angethan, dem Satze „ignorantia iuris nocet“ irgend welchen Abbruch zu thun.

Gerade wie das Gewissen, ist auch das Rechtsgefühl kein a priori-Begriff, vielmehr gleichfalls etwas historisch Gewordenes, im Flusse der historischen Entwicklung Stehendes. Die Rechtsvergleichung lehrt uns, dass zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkerschaften das Heterogenste Recht sein kann. Wie der musikalische Sinn der Völker sehr verschieden ausgebildet ist, in den verschiedenartigsten musikalischen Instrumenten seinen Ausdruck gefunden hat, so variiert auch die Idee von Recht und Gerechtigkeit gar sehr, soweit nicht die überall auftretenden elementaren Bedürfnisse des Lebens die nämlichen Rechtsgebilde gezeitigt haben.

Unmöglich kann man die bestehenden Strafbestimmungen aus dem Rechtsgefühl der Individuen heraus rechtfertigen. Denn das Primäre sind die Strafsatzungen, während das „Rechtsgefühl“ nichts ist als der ethische Niederschlag der ins Bewusstsein des Volkes allmählich eingedrungenen Normen, welche die zu Sieg und Herrschaft gelangte Gewalt gesetzt hat. Mit Recht sagt Ihering[9]): „Das Bild von der Entwicklungsgeschichte des Rechts, wie diejenigen es sich vorstellen, die in dem Rechtsgefühl und dem sittlichen Gedanken die Quelle aller Normen suchen, ist nichts als eine Projektion unserer heutigen Ideen in die Vergangenheit.“ Auf solch ideale Basis geht der Ursprung des Rechts keineswegs zurück; vielmehr ist das Recht ein Produkt der Notwendigkeit oder richtiger der Not:[10]) Die Grundtendenz aller Rechtssätze ist die Selbsterhaltung und Entwicklung der über dem Einzelmenschen stehenden organischen Gebilde. Vom Standpunkt des Einzelnen aus betrachtet, kann das Recht daher nur selten vernünftig und moralisch sein und, wenn es das nicht ist, entspricht es eben nicht seinem „Rechts-

---

[9]) Zweck I, S. 247.
[10]) cf. Post, l. c. S. 24 f.

gefühl.“ Nicht nur fremden, uns ferner liegenden Rechten gegenüber kommt das Rechtsgefühl nicht auf seine Rechnung: ein Kind, welches zu seinem Vater in gar keinem Verhältniss steht, ein Neffe, der seinen Onkel mütterlicherseits beerbt, sind Dinge, welche mit dem Massstabe unserer Vernunft und unserer Rechtsanschauung gemessen, baare Unvernunft sind, die aber doch bei vielen Naturvölkern zu Recht bestehen und dort für ganz selbstverständlich gelten, gerade so wie wir uns aus dem Vaterrecht nicht herauszudenken vermögen; die als heiliges Rechtsinstitut vielfach bestehende Geschwisterehe ist für den Europäer im höchsten Grade unmoralisch, „Blutschande“ — nicht nur von solchen Rechtserscheinungen, wie gesagt, ist das Rechtsgefühl des Individuums abgestossen, auch im eigenen Rechte fühlt es sich nicht immer heimisch.

Wir wollen nicht verkennen, dass ein Gesetz seinen Zweck erst dann erfüllt, wenn es im Einklang steht mit den allgemeinen, durchschnittlichen Vorstellungen von Vernunft und Moral — denn aus seinem Vernunftideal und seinem Moralbegriff setzt sich das Rechtsgefühl eines Volkes zusammen —, wir verkennen nicht, dass heute der Staat im Rechtsgefühl seiner Unterthanen einen mächtigen Verbündeten besitzt, ja, dass die Harmonie zwischen Gesetz und Rechtsgefühl notwendige Voraussetzung für eine gedeihliche Fortentwicklung des Rechtes ist. Aber gerade hierdurch sollte sich der Staat bestimmt sehen, darauf zu dringen, dass diejenigen Satzungen, welche noch nicht im allgemeinen Rechtsgefühle liegen, deren Beobachtung er jedoch hohe Bedeutung beimisst — die Bestimmungen des Dynamitgesetzes[11]), z. B. mit den Augen des einzelnen biederen Unterthanen betrachtet sind unerhört drakonisch, im Interesse der allgemeinen Sicherheit sind sie gebotene Notwendigkeit — dass auch diese rein positiven Satzungen in das Rechtsbewusstsein des Volkes übergehen. Was Rosshirt[12]) als den „höchsten Zweck der Jurisprudenz“ bezeichnet: „die Vermittlung des materiellen, d. i. im Gefühle aller und im Verstande der Rechtsverständigen lebenden Rechts mit dem formellen, d. i. dem durch allgemeine Vorschriften entstandenen Recht“, dazu kann eine konsequente Praxis viel beitragen. Nur so wird sich die Erkenntnis Bahn brechen,

---

[11]) Das Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884.

[12]) Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts S. 36.

dass man dem Staat als dem Träger des Gesamtwillens immer den gleichen Respekt schuldet, ob es sich nun handele um die Strafsatzung, welche den Mord verpönt, oder um das Verbot des zu schnellen Reitens und Fahrens.

§ 360 Abs. 10 des Deutschen St.G.B. lautet: „Mit Geldstrafe bis 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hülfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte."

Der Gesetzgeber ruft hier eine rein menschliche Pflicht mit dem Nachdruck einer Strafbestimmung ins Gewissen; er wendet sich gegen den kalten Egoismus, der zu bequem ist, seine Ruhe dem Ernste fremden Unglücks zu opfern.

Noch ferner als die elementare Pflicht der Nächstenliebe liegt dem Durchschnittsbewustsein eine humane Behandlung des Tieres: Ihm will es nicht einleuchten, dass das Tier ein lebendes Wesen mit Lust- und Schmerzgefühl, gerade wie der Mensch auch ist, und dass das Recht des Menschen über das Tier da eine Grenze hat, wo sein Bedürfnis und Interesse aufhört und die Bosheit anfängt, welche ihre Befriedigung darin findet, die von der Natur erhaltene Überlegenheit schändlich zu missbrauchen, „tierischer selbst als das Tier" zu sein. Unser R.St.G.B. leiht dem Tier keinen absoluten Schutz, es schützt das Tier nicht um seiner selbst willen, bloss das „Ärgernis", dass bei fühlenden Menschen durch „boshaftes Quälen" oder „rohes Misshandeln" erregt wird, ist strafbar (§ 360, Abs. 13). Der Staat hat es in der Hand, durch eine konsequente Praxis den Weg für eine der Zukunft vorbehaltene Gesetzgebung zu ebnen, in deren Augen die Tierquälerei als solche Unrecht ist. Hat doch auch der Sklavenschutz in Rom erst allmählich Rechtsboden gewonnen, bis schliesslich das Vorurteil der Rechtlosigkeit und der Sachqualität der Sklaven „quasi nec personam habentium" völlig schwand.

Die beiden soeben aus dem Gebiete der Polizeidelikte angeführten Beispiele zeigen, dass der Staat als Förderer höherer Ideen, als Träger des Kulturfortschritts, nur dann auf die Verwirklichung seiner Ideale rechnen kann, wenn er unbekümmert um die Gesetzesurkunde seiner Unterthanen sein erzieherisches Werk übt.

Es liegt auf der Hand, dass das Recht als Produkt höherer Einsicht, als der Ausdruck des über dem Einzelwillen erhabenen Allge-

meinwillens ganz unabhängig vom Gefühls- und Verstandesleben der Individuen dasteht, dass das sittliche sowenig wie das rechtliche Urteil des Individuums das Forum sein kann, vor dem sich der objektive Rechtssatz zu rechtfertigen hätte. Damit fallen die Theorien, welche zum Begriff des kriminellen Vorsatzes das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, Strafwürdigkeit, Staatswidrigkeit u. s. w. erfordern. Es sind dies Versuche, welche dem achtungswerten Bestreben entsprungen sind, die Schroffheit des Satzes, „ignorantia iuris nocet" zu mildern, zwischen der Rücksicht auf das Interesse des grossen Ganzen und der „Humanität" gegen das Individuum das Gleichgewicht zu halten und zu vermitteln. Man meint, wenn der Thäter auch nicht gewusst zu haben brauche, dass er der positiven Satzung entgegenhandele, so müsse er sich doch wenigstens gesagt haben, dass seine Handlungsweise eine pflichtwidrige, strafwürdige, staatswidrige sei.

Allen diesen Theorien kann ebenfalls nicht der Vorwurf erspart werden, welcher die das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Postulat des Vorsatzbegriffes aufstellende Theorie trifft, der Vorwurf, dass es das Autoritätsverhältnis auf den Kopf stellen heisst, wenn man das, was der Staat ein für allemal als seinen Willen erklärt hat, der Begutachtung und Kritik des Individuums anheimgiebt, so zwar, dass die Funktionskraft der vom Staate gesetzten Norm dadurch bedingt ist, dass der einzelne Unterthan dazu ja sagt — ganz gleich, von welchem Standpunkt aus dieses Ja gesprochen sein soll.

Zu welchen Konsequenzen muss es führen, wenn man das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Mittelpunkt der Lehre vom kriminellen Vorsatz macht! Von vornherein bestechend ist, dass der Gedanke an Recht und Gesetz nur dem Juristen nahe liegt, kein populärer ist, dass hingegen das Pflichtbewusstsein Gemeingut aller ist. Die Pflicht ist aber ein Kind der Moral: So gelangt man zur Straflosigkeit, wenn der Thäter ein falsches d. h. mit der Strafsatzung nicht korrespondierendes Moralgefühl hatte. Eine solche Diskrezanz aber zwischen Strafgesetz und individuellem Pflichtbegriff kann leicht vorkommen, da ja, wie wir bereits hervorgehoben haben, das Recht im Grunde mit der Moral nichts zu thun hat. Um Post, dem glänzenden Vertreter dieses Gedankens, noch einmal das Wort zu gönnen:[13])

[13]) l. c. S. 27.

„Der Gegensatz zwischen Moral und Recht liegt darin, dass das Sittengesetz, welches den Einzelnen beherrscht, auf der Gesamtheit der Motive beruht, die aus der Stellung des Menschen in der Welt und zu allen kosmischen Organismen, in deren höheres Leben er mit verflochten ist, entspringen, während das Rechtsgesetz seine Basis lediglich in der Friedensgenossenschaft oder dem Staate hat, welchem der Einzelne angehört."

Sehr schwer auch lässt sich eine That moralisch richtig beurteilen. In Fällen, wo Moral und Recht sich nicht decken, wie bei den Verbrechen κατ' ἐξοχην, versagt der absolute Massstab: z. B. den mannigfaltigen Erscheinungen der unberechtigten Selbsthilfe gegenüber, wo der Gedanke des „Kampfes um's Recht" mitunter von mächtigem Einflusse ist. Vom moralischen Standpunkt aus ist man schliesslich gezwungen, für die Straflosigkeit des Schwärmers, welcher aus „Pflichtbewusstsein" sich berufen fühlt, höhere Ideen des Rechts zu verwirklichen, einzutreten. [14]) Doch wir brauchen nicht auf die extremsten Konsequenzen einzugehen — man könnte uns vorhalten, dass in dem Bewusstsein, gegen das bestehende Recht zu verstossen, gleichzeitig das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit liege, demnach von Straflosigkeit nicht die Rede sein könne, wiewohl man, wenn man einmal die Moral zum Massstab für die kriminelle Beurteilung einer Handlung erhebt, konsequenterweise auch das Pflichtbewusstsein, welches sich über das geschriebene Gesetzeswort hinwegsetzt, anerkennen müsste, ihm ausschlaggebende Stimmen geben müsste.

Nehmen wir folgenden Fall an: Jemand lässt nichts unversucht, seinen Freund, der ein Verbrechen begangen hat, der staatlichen Strafverfolgung zu entziehen, fest überzeugt, im heiligen Dienste der Freundschaft ein sittliches Werk zu thun. So durchdrungen ist er davon, dass ihm seine eigene Schuld gar nicht ins Bewusstsein tritt. Soll er straflos ausgehen?

Dass der Gesetzgeber derartigen rein menschlichen Regungen, wo er es für angemessen hält, seinen Tribut zollt, beweist § 257, Abs. 2 R.St.G.B., wo es heisst: „Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe

---

[14]) In der That ist Oetker S. 77 l. c. für den das Bewusstsein der Normwidrigkeit mit dem der Pflichtwidrigkeit fast zusammenfällt, der Ansicht, dass Rechtswahn die Strafe ebenso ausschliessen müsse wie der Irrtum über die Norm.

dem Thäter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen."

Mag der Bruder ein noch so schlechtes Gewissen haben, indem er den Bruder dem Häscherarm entrückt, sei er noch so beschämt über die unerwartete Gnade des Staates — das vom Strafgesetzgeber zu seinem Gunsten aufgestellte Privileg kommt ihm zu gute mit eben der Notwendigkeit, mit welcher der Freund der Strafe verfällt.

Wer im Gebiete des Civilrechts eine Sache rechtmässig, d. h. im Einklang mit den gesetzlichen, von der Rechtsordnung für den Eigentumserwerb unzweideutig ausgesprochenen Anforderungen erlangt, wird ihr Eigentümer, auch wenn er sich infolge rechtlichen Irrtums für den Nichteigentümer hält — wie andrerseits die Redlichkeit des Eigentumserwerbes die mangelnde Rechtmässigkeit nicht zu ersetzen vermag.

Abgesehen davon, dass sich im Putativdelikt nicht notwendig ein zu Rechtsverletzungen geneigter Wille, somit eine gefährliche Handlung kund giebt, vielmehr ebensowohl die Skrupulosität hier die wunderlichsten Blüten treibt, deren Harmlosigkeit den Staat nicht bedroht, wäre es, wie jedermann einsieht, pures Unrecht, wollte der Staat seinem aller Welt offenkundigen Vorsatze in casu untreu werden und da strafen, wo er erklärt hat, nicht strafen zu wollen.

Die Behandlung des Putativdelikts findet ihre logische Ergänzung in der Behandlung des wirklichen Delikts: hier wie dort ist Richtschnur der Satz „Plus est in re quam in existimatione mentis". Wie der Staat nicht straft, wo er es nicht für nötig befindet, so ist andererseits an dem Grundsatz festzuhalten, dass er, wenn er einmal erklärt hat, auf eine Handlung mit Strafe reagieren zu wollen, dann auch im konkreten Falle mit Strafe darauf reagieren muss, ohne sich durch ein an sich noch so achtbares Pflichtbewusstsein des Thäters beirren zu lassen. Ein für allemal ergiebt sich hieraus die Stellungnahme des Staates bei einem Konflikt zwischen den Anschauungen der „Gesellschaft" und des von ihm gesetzten Rechts. Denn wollte der Staat nachgeben, wenn die ihm entgegenarbeitende Pflicht in der Brust des Thäters obgesiegt hat, würde er seine Existenz in Frage ziehen, sich der Revolution, die, wie Dahlmann[15]) sagt, ihre flache Wurzel im Verstande hat, auf der Stelle auszuliefern.

Die Köpfe der Menschen würden nichts angelegentlicheres zu

---

[15]) Politik S. 203.

thun haben, als sich tragische Konflikte auszudenken, aus denen das eigene Ich, wenn auch von der Übermacht des Staates besiegt, doch mit heroischem Selbstbewusstsein hervorgeht. Das Gebahren der Anarchisten auf dem Schaffot beweist, dass diese Schwärmer alles andere als ein pflichtwidriges Leben zu beschliessen glauben. Doch auch jenem kleinen alltäglichen Märtyrertum, welches Hegel [16]) treffend dahin charakterisiert, dass eine höchst geringe Verstandesbildung dazu ausreiche, um für jede Handlung eine positive Seite und damit einen guten Grund und Absicht herauszufinden, auch ihm hat der Staat durchaus keine Veranlassung irgend welche Konzessionen zu machen. Die Früchte eines perversen Pflichtbewusstseins unstät ausreifen zu lassen, sollte gerade in einer Zeit unangebracht erscheinen, in der, wie Bekker in seiner „Theorie des Strafrechts“ [17]) bemerkt, die Achtung vor dem Individuum so hoch aufgegipfelt ist, dass sie bald sich zu überschlagen besorgen mag.

Bekker selbst macht zum Kern der kriminellen Schuld das Bewusstsein der Staatswidrigkeit. Dieses Postulat wiederum bringt in seiner Konsequenz den Staat in Abhängigkeit von dem mehr oder minder ausgebildeten Staatsbürgersinn seiner Unterthanen, es ist nicht geeignet, politischen Schwärmern und Staatsverbesserern, welche nichts weniger, als „staatswidrige“ Tendenzen haben, die Spitze zu bieten und die Realität des Gesamtwillens, welche Bekker im übrigen stark betont, auch ihnen gegenüber als rocher de bronze zu stabilieren: „Gute“ Revolutionäre kann es vom Standpunkt des Rechts nicht geben, so wenig wie ein Beauftragter der Kirche von Rechtswegen sich als ihr „Reformator“ aufspielen, von dem durch das Kirchenregiment normierten Lehrbegriff auf der Kanzel abweichen darf.

An das Bewusstsein der Strafwürdigkeit halten sich Gessler und Heinze. „Strafwürdigkeit“ stellt aber nur eine allgemeine Abstraktion dar aus den Kriterien der Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit. Je roher und stumpfer nun der rechtliche Sinn des Handelnden ist, desto weniger wird übrig bleiben, was für ihn „strafwürdig“ ist. Auch hier kämen freilich die Fälle, deren Strafbarkeit in aller Bewusstsein liegt, nicht in Betracht. Die Frage ist aber, weil der Kreis dieser Fälle ein unbestimmter ist — was liegt im allgemeinen Bewusstsein? —

---

[16]) l. c. S. 143.
[17]) Einl. S. IV.

doch eine allgemeine, und daher kommt es am letzten Ende wieder darauf hinaus, dass der Einzelne den Ausschlag giebt, ob er zu strafen sei oder nicht.

Das nämliche Resultat würde zu Tage treten, wollte man mit Geyer als zum Begriff des strafrechtlichen Vorsatzes gehörig das Bewusstsein des Thäters, eine Übelthat zu begehen, für notwendig erachten. —

Überblicken wir die erörterten Theorien, welche alle auf dem Boden der Antipathie gegen den Satz „ignorantia iuris nocet" gewachsen sind, so fällt uns auf den ersten Blick die im gegnerischen Lager darüber herrschende Uneinigkeit auf, welche Farbe dem kriminellen Willen am besten anstehe, welche Färbung den Willen erst zum wirklich kriminellen, d. h. strafrechtlich in Betracht kommenden mache. Diese Uneinigkeit beweist schon, dass keines der aufgestellten Gegenprinzipien imstande ist, einer mannigfaltigen Praxis gerecht zu werden, dass keines den vom Staat zu Rechtsgütern erhobenen Gütern absoluten Schutz, dessen sie doch bedürfen, zu gewähren die Kraft hat.

Soweit die oben behandelten gegnerischen Theoricen so aufgefasst sein wollen, als sollte dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur nebensächliche, untergeordnete Bedeutung beigelegt werden, in dem Sinne, dass wenn der Thäter das Bewusstsein in der Pflichtwidrigkeit, Staatswidrigkeit u. s. w. nicht gehabt habe, er in keinem Falle bestraft werden könne, möge er sich auch über seinen Verstoss gegen die positive Satzung klar gewesen sein, liegt von vornherein ihre Verwerflichkeit auf der Hand. Denn, wenn einmal die Objektivität ins subjektive Bewusstsein aufgenommen sein soll, so ist klar, dass dem Rechte gegenüber nur das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, dem Strafrecht gegenüber demgemäss nur das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit in Betracht kommen kann (cf. oben pag. 13).

Doch auch soweit jene Theorien nur verlangen, dass dem Handelnden „wenigstens" das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit u. s. w. innegewohnt haben müsse, damit er strafbar sei, soweit sie also dem Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, der Staatswidrigkeit, der Strafwürdigkeit bloss subsidäre Bedeutung hinter dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit beimessen, auch insoweit lassen sie sich nicht aufrecht erhalten aus eben dem Grunde, weil die Funktionskraft des Rechtes nicht durch die Existenz von ausserhalb des Rechtes liegenden Vorstellungen im

Kopfe des Thäters bedingt sein kann, weil das Recht nur auf sich selbst beruht.

Nach wie vor bleibt der Satz „ignorantia iuris nocet“ bestehen. Mag auch die Verurteilung jemanden, der in der Überzeugung etwas von der Rechtsordnung durchaus gebilligtes zu thun, sich einer strafbaren Handlung schuldig macht, ohne dass er auch dabei auf den Gedanken käme, etwas pflichtwidriges, staatswidriges, strafwürdiges oder eine Übelthat zu begehen, mag auch die Verurteilung eines optima fide handelnden Menschen vom Standpunkt derer, die „im Geiste christlicher Humanität“ [19]) dem Individuum die Unbekanntschaft mit dem Gesetze nachsehen, hart und grundlos erscheinen; — die Auffassung des Staats als Trägers und Hüters der Gesamtinteressen kann sich der Erkenntnis nicht verschliessen, dass eine solche „Humanität,“ zum Prinzip erhoben, wo höhere Interessen auf dem Spiele stehen, eine falsche Humanität ist.

Von einer „ungerechten“ Verurteilung kann nimmer die Rede sein, wenn der Staat in deutlicher Weise erklärt hat, was er mit seinem Ideal von Recht und Gerechtigkeit nicht für vereinbar hält: Sein Urteilspruch ist gerechtfertigt, war der Einzelne auch nicht darauf gefasst.

Man erhebt gegen den Satz „ignorantia iuris nocet“ den Vorwurf, er lasse das Individuum die Souveränität des Staates zu stark, zu drückend fühlen, wie er überhaupt nur die Allgemeinheit im Auge habe, den Einzelnen, der doch auch seine Existenzberechtigung habe, aber in gar keiner Weise berücksichtige.

Allerdings — und hiermit kommen wir auf den letzten Punkt der Betrachtung dieses Paragraphen — allerdings verschmäht es unser Satz, dem Individuum zu schmeicheln, wie die gegnerischen Theorieen es thun, welche an das rechtliche oder moralische Ermessen des Einzelnen appellierend, das Individuum auf einen Platz setzen, welchen es unmöglich ausfüllen kann. Unser Satz tyrannisiert das Individuum, aber er bringt ihm dafür auch nicht zu unterschätzenden Gewinn ethischer Natur! Es ist der Ausdruck einer dem Menschen weit dienlicheren, erzieherischer wirkenden Humanität als die von gegnerischer Seite befürwortete es ist: Er weist dem Individuum die Stellung zu, welche ihm in der Ordnung der Dinge gebührt, er lehrt es, sich bescheiden.

---

[19]) cf. Ortloff, Strafbarkeitserkenntnis S. 7.

Erst durch die Härte der Erziehung lernt das Kind, was es thun soll und was es lassen muss. Gar bald erfährt es, dass es nicht um seiner selbst willen lebt, dass es nicht lebt, um zu leben — zügeln muss es sich, an allen Ecken und Enden Rücksicht nehmen, sich stets fügen und unterordnen. Steht es denn mit dem erwachsenen Staatsbürger anders? Die Wohlthat, in einem geordneten Rechtsstaat leben zu dürfen, der die Härten des Kampfes ums Dasein auszugleichen, zu mildern sich zur Aufgabe setzt, notwendig wird sie erkauft durch eine Selbstbeschränkung des Individuums. Mag der Erzieher auch einen leisen Anflug von Mitleid fühlen, wenn das Kind aus verwunderten Augen ihn fragend auschaut, er wird sich deswegen, weil das Kind die Unart als solche nicht erkannt hat, nicht besinnen, ihm die Unart nachdrücklich auszutreiben. Ebensowenig darf der Staat sein Straf-Recht preisgeben, weil der Thäter seine Handlung als strafbare Handlung nicht erkannt hat: Das Straf-Recht ist heilige Straf-Pflicht.

Die Rechtsordnung zielt in erster Linie auf das Gedeihen des grossen Ganzen ab, erst in zweiter Linie kommt das Wohl des Einzelnen in Betracht. Der sociale Charakter des Rechtes folgt aus der Natur, aus dem Zwecke des Rechtes selbst, welcher eben die Integrität des gesellschaftlichen Organismusses ist und nicht die Behaglichkeit des Individuums.

Welche Stellung hat das Individuum in der Natur? Die gleichgültige Grossartigkeit, welche die Natur dem Individuum gegenüber beobachtet, hat kaum jemand so treffend gekennzeichnet, wie Schopenhauer, der die Natur also sprechen lässt[20]: „Das Individuum ist nichts und weniger als nichts; Millionen Individuen zerstöre ich tagtäglich zum Spiel und Zeitvertreib, ich gebe ihr Geschick dem launigsten und mutwilligsten meiner Kinder preis, dem Zufall, der nach Belieben auf sie Jagd macht."

Dass das Individuum nicht Selbstzweck ist, Existenzberechtigung nur hat, insofern es die Gattung fördert, und dass die schönste, heiligste Frucht seines Leidens die Entwicklung und Entfaltung der Gattung ist, dies ist ein schon fast frivialer Gedanke. Und doch ist es gewiss, dass dem Menschen keine grössere, ihn mehr veredelnde Wohlthat widerfahren kann, als das Geschenk jener Naturwahrheit, wenn

[20]) Welt als Wille und Vorst. Bd. II zur Ethik S. 687.

wir so sagen dürfen, — und sei's auch ein Geschenk, dessen Annahme erzwungen werden muss! — jener Wahrheit dass sein Nichts zu einem Etwas erst wird durch ein hochgespanntes Pflichtbewustsein und Verantwortlichkeitsgefühl, welches den Schwerpunkt aus dem eigenen Selbst herauslegt, das Individuum nicht mehr „seine Sache suchen", sondern es ganz im Dienst eines über ihm stehenden Ganzen aufgehen lässt.

Nicht nur rein praktischen Bedürfnissen — dies ist unser Ergebnis — verdankt der Satz, der diesem Paragraphen überschrieben ist, sein Dasein, er ist kein bloss utilitarischer Satz, sondern seine Rechtfertigung liegt im innersten Wesen der staatlichen Rechtsordnung begründet.

§ 6.

Dogmengeschichtliches.

Ein dogmengeschichtlicher Exkurs ist deshalb von Interesse, weil er zeigt, in welch engem Zusammenhange die politischen Ideen einer Zeit, die Vorstellungen über den Rechtsgrund des Staates und der Strafe mit der Gestaltung der Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz stehen.

Da es in unserer Absicht nur liegt, auf die für unsere Betrachtung springenden Punkte hinzuweisen, so ist eine ausführliche, die chronologische Reihenfolge innehaltende, geschichtliche Darstellung des Dolusbegriffes ausgeschlossen.

Die in § 2 und im vorigen Paragraphen behandelten Theorieen über den kriminellen Vorsatz lassen sich bezeichnen als Nachklänge aus einer Zeit, welche den letzten Grund des öffentlichen Lebens und des gesellschaftlichen Zusammenhanges in die Interessen des Individuums verlegte, einer Zeit, die vom Gedanken des „contrat social" erfüllt war. Der Irrtum, dass die Menschen zuerst als Individuen existiert hätten, war herrschend, während doch in Wahrheit das Individuum ursprünglich vollkommen in Familie, Geschlecht und Staat aufging und erst allmählich die Individualität zur grösseren Selbständigkeit sich emporgerungen hat[1]). Ob nun der menschliche Geselligkeitstrieb [Grotius], ob nun reflektierender Egoismus [Hobbes] die Quelle des

[1]) Jn diesem Irrtum, dass der ursprüngliche Begriff der Persönlichkeit mit des Menschen zusammenfalle, ist die Ursache der lange vergeblichen Bemühungen, die juristische Person zu konstruieren, zu erblicken; insbesondere ist die Fiktionstheorie darauf zurückzuführen.

„contrat social“ sein sollte, einmütig ward der Rechtsgrund des Staates in dem die Substanz des Vertrages bildenden consensus der Individuen gesucht. Das Individuum hat bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages seine naturrechtliche Souveränität — dies war das Axiom des philosophischen Staatsrechts von Marsilius bis Rousseau, Kant, Fichte — nur insoweit aufgegeben, dem Staate nur soweit geopfert, als dies zur Erreichung des Gesellschaftsvertrages unumgänglich nötig war. Beccaria ging in der Auffassung des Staates als eines Vertragsproduktes so weit, aus dem Gesellschaftsvertrage die Unzulässigkeit der Todesstrafe zu folgern, davon ausgehend, dass die Preisgabe des Lebens ein zu grosser Abbruch an der persönlichen Freiheit, die dem Individuum von den goldenen Zeiten des Naturzustandes her anhafte, sein würde.

Der auffallende Niederschlag jener Anschauungen, welche im Willen des souveränen Individuums die Basis der gesamten Rechts- und Staatsordnung erblicken, zeigt sich für unsere Lehre in Feuerbachs Dolustheorie.

Feuerbach definiert den strafrechtlichen Vorsatz als „die Bestimmung des Willens zu einer Rechtsverletzung als Zweck, mit dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit des Begehrens“ [2] [3]). Diese Definition wurzelt in der von Feuerbach aufgestellten psychologischen Zwangstheorie: Alle Verbrechen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit. Dieser sinnliche Antrieb kann nur dadurch aufgehoben werden, dass jedermann weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Übel, d. i. die Strafe folgen, welches grösser ist als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt. Feuerbach fasst also die staatliche Strafandrohung als Mittel auf, den mit der Absicht des Verbrechens Umgehenden zu überzeugen, er werde durch Ausführung seines Vorhabens mehr verlieren als gewinnen. Hat diese Mahnung keinen Erfolg, geht der Verbrecher achtlos an der Warnungstafel vorüber, so fällt der Vorwurf auf den

---

²) Lehrb. des peinl. Rechts 14 A. S. 99 (§ 54).

³) In der Bibliothek für peinl. Rechtswiss. 1800. Bd. II S. 193 fordert Feuerbach, dass während des Aktes der verbrecherischen Handlung selbst das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit vorhanden sein müsse. Dagegen hebt Mittermayer in einer Note zu § 54 des F.'schen Lehrbuchs hervor, dass dies Postulat auf die im Affekt verübten und die nur als Mittel zum Zweck begangenen Verbrechen keine Anwendung finden könne.

Staat zurück: Warum hat er kein wirksameres Gegengift angewandt, das in der sinnlichen Lust aufkeimende Gift zu töten! Während der Verbrecher, der die drohende Strafe v orausgesehen hat, sich über ihren wirklichen Eintritt nicht beklagen kann, war es doch sein eigner Wille, die Strafe als Folge seiner That auf sich zu nehmen, fällt die Berechtigung, zu strafen, für den Staat fort, sowie es dem Verbrecher unmöglich war, das Strafübel in seine Vorstellung aufzunehmen, sowie er von der Existenz des Strafgesetzes nichts wusste: Die conditio sine pua non ist nicht erfüllt!

Inkonsequent war es von Feuerbach, sich mit der Kenntnis des Strafgesetzes im allgemeinen zu begnügen. Denn hatte sich der Thäter eine mildere Strafe als Folge seiner That vorgestellt, so hatte er sich im Grunde nur dieser milderen Strafe unterworfen, das in sein Bewusstsein nicht aufgenommene Plus müsste er eigentlich zurückweisen können. Stübel, welcher ebenfalls zur Strafbarkeit die Kenntnis „der Handlung an sich selbst, des durch sie übertretenen peinlichen Gesetzes und ihrer Beziehung aufeinander"[4]) für unentbehrlich erachtet, scheut diese Konsequenz nicht:[5]) Stübel verlangt als für den kriminellen Vorsatz begriffswesentlich die Kenntnis von der Grösse der Strafe auf Seiten des Verbrechers, „da vielleicht die Wissenschaft vom bestimmten Strafübel hinreichend gewesen wäre zur Abschreckung."[6])

Kann der Charakter der Strafe noch mehr zu einem kompromissarischen herabgedrückt werden?! Staat und Unterthan sehen wir miteinander einen Rechtshandel eingehen — ein offenbarer Widersinn, da der Staat über öffentlich-rechtliche Verhältnisse mit dem Unterthan nimmermehr paktieren kann[7]).

---

[4]) System des peinl. Rechts § 246.

[5]) Zwischen Feuerbach und Stübel besteht dasselbe Verhältnis wie zwischen Binding, der sich mit der Kenntnis der Norm in abstracto begnügt, und Oetker, der wirkliche Kenntnis fordert.

[6]) l. c. S. 251 f.

[7]) Von „staatsrechtlichen Verträgen" kann man daher eigentlich nicht gut reden. Die „staatsrechtlichen Verträge" sind in Wirklichkeit Gesetze, einseitige Bewilligungen der Staatsgewalt, die nicht kraft Vertrags gebunden ist, sondern kraft des sich selbst beschränkenden souveränen Willens. Verträge setzen immer coordinierte Subjekte voraus! Nur als Fiscus kommt der Staat als Privatperson in Betracht, der einzige Fall, wo „der allmächtige Staat seine Krone niederlegt, um durch die niedere Thür des Privatrechts eingehen zu können. (Sohm)". Die Gesetzesnatur der staatsrechtlichen Verträge wird nachdrücklich betont von Hübler, Vorlesungen über

Abgesehen von der psychologischen Unwahrscheinlichkeit, dass ein Verbrecher jemals die ihm drohende Strafe hat auf sich nehmen „wollen", ist durch diese „Unterwerfungstheorie", wie man sie auch nennt, gewissermassen eine Art Anrecht auf Verübung des Verbrechens proklamiert: das Unrecht als solches tritt in den Hintergrund, und vor unseren Augen taucht das Bild jenes civis Romanus auf, welcher von seinem Sklaven gefolgt, auf der via Appia wandelnd, jedem Begegnenden einen Backenstreich appliciert, während der Sklave dem also Georfeigten jedesmal 25 asses zur Sühne aushändigt.

Die Hinterthür der Feuerbach'schen Theorie ist die praesumtio doli: „Von jeder mit Verstand begabten Person wird im allgemeinen als rechtlich gewiss angenommen, dass sie mit den Strafgesetzen bekannt sei." [8])

Noch weiter entfernt von der Einsicht, dass das Recht der Strafe seinen Grund in einem objektiven, von der Willkür des Verbrechers unabhängigen Verhältnisse haben müsse, ist Winsinger[9]). Winsinger überbietet Feuerbach und Stübel noch, insofern er bei einem Strafgesetz, das zur Verhütung der Entstehung einer Rechtsverletzung erlassen ist, ausser dem Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit zum Dolus noch den Willen verlangt, durch die verbotene Handlung diejenige Verletzung zu bewirken, um derentwillen die Handlung eine verbotene ist[10]). Also das Motiv des Gesetzgebers muss der Thäter sich zu Gemüte geführt haben, wenn er strafbar sein soll! Erst dann ist das Strafgesetz sanktioniert, rechtskräftig, wenn der Einzelne es bei sich beglaubigt hat!

So ist denn Fichtes Wort[11]) erfüllt:

„Der individuelle Wille ist der einzige Gesetzgeber."

Staats- und Verwaltungs-Recht S. 10: Quellen des Staatsrechts. — Weil es zwischen Staat und Unterthan keinen Kontrakt über öffentliche Verhältnisse giebt, ist das Beamtenverhältnis nicht auf Vertrag zu gründen, es beruht vielmehr auf einem einseitigen Akt der Staatsgewalt.

[8]) l. c. § 86 S. 159.

[9]) de dolo et culpa. Bruxellis 1824.

[10]) Auch Wieland, Geist der peinlichen Gesetze I. § 213, spricht es unumwunden aus, der Thäter müsse die Beweggründe, die dem Gesetze seine verbindliche Kraft geben, gekannt haben.

[11]) Sämtl. Werke VI. S. 80.

Eine gesunde Reaktion gegen die Verkümmerung des Staats- und Strafbegriffes ging aus von der Hegel'schen Schule. Ihr gebührt das Verdienst, den Vorsatzbegriff in seiner reinen Objektivität zu Ehren und Ansehen gebracht zu haben.

Leitstern war der der Betrachtung unseres Paragraphen 3 zu Grund gelegte Satz, dass, wer einmal in der Wirklichkeit handeln will, sich damit auch ihren Gesetzen unterworfen und das Recht der Objektivität anerkannt hat. „Das Recht der Objektivität hat aber die Gestalt, dass die Handlung eine Veränderung ist, die in einer wirklichen Welt existieren soll. also in dieser anerkannt sein will, sie dem, was darin gilt, überhaupt gemäss sein muss."[12]) Und weiter heisst es bei Hegel: „Durch die Öffentlichkeit der Gesetze benimmt der Staat dem Rechte der Einsicht die Zufälligkeit für das Subjekt, welche dies Recht auf dem dermaligen Standpunkt noch hat."

Die „Zufälligkeit der subjektiven Einsicht" befindet ebensowenig darüber, ob etwas Recht oder Unrecht sei, wie es von ihr abhängt, ob die Handlung gut oder böse sei. Für Hegel würde sich die Bejahung der Frage, ob eine Handlung nur insofern böse sei, als sie „mit bösem Gewissen" geschehen, der feinsinnigen Ironie Pascals[13]) aussetzen: „Ils seront tous damnés les demi-pecheurs, qui ont quelque amour pour la vertu. Mais pour ces francs pecheurs, pecheurs endurcis, pecheurs sans mélange, pleins et achevés, l'enfer ne les tient pas. Ils ont trompé le diable à force de s'y abandonner."[14])

In gleichem Sinne sagt Lucas mit Bezug auf das kriminelle Gebiet: „Je grösser der Verbrecher, desto geringer die Schuld."

Während die moderne Strafgesetzgebung, wie sich noch zeigen wird, unter dem Einfluss der Autorität Feuerbach's steht, behaupteten in der Doktrin Hegel's Gedanken siegreich das Feld[15]), wenn sich auch

---

[12]) Hegel, l. c. S. 127/28, § 132.

[13]) Pascal, lettres Provenc. 4e lettre.

[14]) Im Anschluss an diesen Satz citiert Hegel die tiefsinnige Bemerkung Pascal's, welche die Bitte Christi am Kreuze für seine Feinde: „Vater vergieb ihnen, denn sie wissen nicht, was sie thun" für eine überflüssige Bitte erklärt, wenn der Umstand, dass sie nicht gewusst, was sie gethan, ihrer Handlung von vornherein die Qualität erteilt hätte, nicht böse und somit der Vergebung nicht bedürftig zu sein.

[15]) Äusserlich tritt der Fortschritt in die Erscheinung durch eine strenge Sonderung der Frage nach dem Rechtsirrtum von der Lehre der Handlung. So bei Berner in der „Imputationslehre" und bei Koestlin in seinem „System" § 62.

hie und da ein Rückschlag bemerkbar macht: wirkte doch ebenso die der Idee des „contrat social" entwachsene „atomistisch-mechanische" Staatsauffassung nach, hatte doch auch die grosse französische Revolution ihre Nachwehen in unserem Jahrhundert, das sonst im Grunde den Begriff der Staatspersönlichkeit sich zu eigen gemacht hat.

Es ist so, als hätte die Erkenntnis, dass das staatliche Strafrecht schlecht fundiert wäre auf die schwankenden Rechtsbegriffe, die feinere oder gröbere Konstitution des rechtlichen Gewissens der Unterthanen, kurz die Erkenntnis des publici iuris-Charakters des Strafrechts, als hätte sie mehr oder minder klar im Instinkt der mittelalterlichen und der späteren Doktrin gelegen, soweit sie sich mit der Frage beschäftigt hat, ob die Vorstellung des Thäters von der juristischen Qualifikation seiner dem objektiven Recht zuwiderlaufenden Handlung von wesentlicher Bedeutung für diese Handlung sei.

Wenn zahlreiche Schriftsteller des gemeinen deutschen Strafrechts den durch logisch zwingenden Beweis gefundenen Satz, dass der Begriff des Vorsatzes sich nicht auf die juristische Bedeutung desselben beziehe, nicht zu Ende gedacht haben, vielmehr auf Umwegen das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in die Vorsatz-Definition hineingebracht haben, so thaten sie dies allein um deswillen, weil sie dem Richter ein Mittel an die Hand geben wollten, den nach ius strictum Schuldigen aus Billigkeitsrücksichten von der Überhärte der Strafe zu befreien.[16]) So verfährt beispielsweise Boehmer.[17]) Er schenkt dem Rechtsirrtum keine Beachtung, „ne in cuiusvis nequissimi hominis potestate sit, allegata ignorantia, rigorem legum temere et contra utilitatem publicam eludendi."

Wenn Boehmer nun weiter sagt: „Verum id non omne arbitrium iudicis tollit, si probabilis causa ignorantiam confirmat" — so bedeutet dieses das Prinzip der tonangebenden Rücksicht auf die „utilitas publica" einschränkende Ader einen kriminalpolitischen Notbehelf gegenüber dem schlechten Zustand des damaligen Strafrechts.

Die italienische Strafrechtswissenschaft blieb ebenfalls auf halbem Wege stehen. Sie erklärte das Wissen vom positiven Gesetze zum Vorsatz für unentbehrlich, wenn es sich um Strafsatzungen rein positiver Natur handelt. Indes so recht befriedigt fühlte man sich

---

16) Vergl. Gessler, Zeitschr. Gerichtssaal Bd. X. S. 236.

17) Observationes selectae ad Carpzov practicam novarum rerum qu. 149 observ. IV. Carpzov selbt lässt sich über unsere Frage nicht aus.

hierbei nicht. Drum stellt Farinacius [18]) den Satz auf: „Ignorare lata culpa est." Das will sagen: Der Thäter ist trotz seiner Rechtsunkunde der Strafe verfallen: wenn man ihm auch seine That als vorsätzliche nicht zurechnen kann, da das Erfordernis des Vorsatzes, das Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit nicht erfüllt ist, so haftet er doch auf alle Fälle für Fahrlässigkeit.

Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des Begriffes der Fahrlässigkeit. Die kulpose Handlung besteht in der Herbeiführung eines bestimmten faktischen Erfolges auf Grund pflichtwidriger Unaufmerksamkeit, nicht aber in der Verletzung des Gebotes, sich Kenntnis vom Gesetz zu verschaffen. Die Beziehung des thäterischen Willens zum rechtlichen Erfolge der Übertretung einer Satzung ist vom Begriff der Fahrlässigkeit ausgeschlossen. [19])

Demnach gilt für alle mit bewusster Verwirklichung des faktischen Erfolges begangenen Verbrechen, bei denen das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit auf Seiten des Thäters fehlte: Verneint man hier den Vorsatz, so muss man die Zurechenbarkeit der That überhaupt verneinen. So müssen wir wenigstens sagen, die wir im vorsätzlichen Verbrechen nichts als die bewusste Verwirklichung des faktischen Thatbestandes, der in den Augen des Strafrechts ein Verbrechen darstellt, sehen. Wenn wir vorhin von einer „Verkennung" des Begriffes der Fahrlässigkeit sprachen, so müssen wir allerdings daran denken, dass diese „Verkennung" der kulposen strafbaren Handlung notwendig mit der Auffassung der dolosen als einer mit dem Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit begangenen Handlung zusammenhängt. Denn, steht man einmal auf dem Standpunkt, dass der thäterische Wille sich auf die kriminelle Beurteilung der Handlung zu erstrecken habe, so ist es nur ein logischer Schluss, auch den fahrlässigen Willen in Bezug zur strafrechtlichen Qualifikation der Handlung zu setzen. Die logische Konsequenz dieses Schlusses indes ändert nichts an seiner Unrichtigkeit,

---

[18]) Praxis et theoria criminalis. Frankf. 1597.

[19]) Ebenso wie vom Begriff des Vorsatzes. Die gegenteilige Ansicht geht von der irrtümlichen Meinung aus, als habe das Recht die Begriffe „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" erst geschaffen, während diese doch vom Rechte bereits vorgefunden und nur benutzt wurden. Im Reiche des rechtlich irrelevanten Handelns lässt sich Vorsatz und Fahrlässigkeit so gut unterscheiden wie für das rechtlich relevante Handeln: Wie ich einen fremden Gegenstand vorsätzlich und fahrlässig beschädige, so kann ich auch die mir gehörige Sache vorsätzlich oder fahrlässig zerstören.

welche sich aus der Unrichtigkeit der ihm zu Grunde liegenden Prämisse ergiebt. — Zudem lässt sich nicht behaupten, dass die verschuldete Gesetzesunkenntnis in Kausalzusammenhang mit dem Thatbestande des einzelnen Verbrechens steht, abgesehen davon, dass es schwer feststellbar ist, ob ein error iuris oder einer ignorantia iuris — zwischen diesen beiden ist kein Unterschied, da es auf dasselbe herauskommt, ob ein Zerrbild oder gar kein Bild von der Realität in der Vorstellung des Thäters existiert, — ob ein error oder eine igeorante iuris „verschuldet", verzeihlich oder unverzeihlich ist, ein Einwand, den freilich des Farinacius Satz abschneidet, indem er das Nichtwissen rein positiver Satzungen ein für allemal zur „culpa lata" stempelt.

Im übrigen knüpft die italienische Litteratur und später die Doktrin des gemeinen deutschen Strafrechts an die römischen Quellen an[20]) und bemüht sich um den Nachweis, dass die römischen Grundsätze der Einteilung der Verbrechen in „delicta iuris civilis" und „delicta iuris gentium" allgemeine Bedeutung haben und einen absoluten Massstab für die Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums abgeben.

Neigten die Römer in der That so sehr dahin, den von ihnen erfundenen Satz „ignorantia iuris nocet" mit Ausnahmen zu durchbrechen, besteht wirklich Grund, die Römer für das Prinzip weitgehender Beachtung des kriminellen Rechtsirrtums in Anspruch zu nehmen, wie es neuerdings vor allem Binding[21]) thut?

Es ist schwer, den strafrechtlichen Dolusbegriff aus den Quellen zu abstrahieren, da die Römer ebensowenig wie die Carolina die Lehre vom Vorsatz systematisch und abstrakt behandelt haben, der kriminelle Dolus mit dem civilen häufig vermischt ist, wie ja die römischen Juristen überhaupt — ein oft wiederholter Vorwurf — das Strafrecht nicht plastisch herausgearbeitet haben, dieses vielmehr recht stiefmütterlich von ihnen behandelt ward.

Ebenso wie die Quellen ersehen lassen (nov. 66 cap. 1), dass die Römer eine allgemeine Bekanntschaft mit den Gesetzen nicht prä-

---

[20]) Vor allem Menochius, de praesumt. lib. V praes. 3 u. 115 ff. zergliedert die Frage des error iuris im Anschluss an römische Prinzipien und kommt dabei ebenso wie Julius Clarus, sent. receptar. lib. V § 1 in qu. 60 und qu. 85, zu den feinsten Unterscheidungen.

[21]) l. c. II. S. 300 ff.

sumieren — mit so bequemen Fiktionen gaben sie sich nicht ab — so erhellt auch aus ihnen, dass in der Regel die Berufung auf Rechtsunkenntnis unbeachtet bleibt. Nur die vier, auch im Civilrecht privilegierten Personenklassen: Weiber, Minderjährige, Rustici, Soldaten, genossen in speciellen Fällen die Vergünstigung, hinter der Unkenntnis des Gesetzes Deckung suchen zu dürfen, keineswegs aber, wie man das in der mittelalterlichen und nachmittelalterlichen Wissenschaft annehmen zu müssen glaubte, bei allen delicta iuris civilis, wozu aller Wahrscheinlichkeit von den Römern auch die offenen Gewaltthaten, Veruntreuungen, Betrügereien gerechnet wurden[22]. Scharf durchgeführt haben die Römer die Unterscheidung zwischen einem dem ius gentium und einem dem ius civile angehörigen Verbrechen überhaupt nur beim Incest[23]. Unter „incestus iuris civilis" verstand man den Incest zwischen Blutsverwandten in der Seitenlinie und zwischen Verschwägerten, unter „insestus iuris gentium" den Incest zwischen Ascendenten und Descendenten. In l. 39 § 2 Dig. ad leg. Inl. de adulter. coerc. 48, 5 heisst es: „Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares sustinebit, cum incestum iure gentium prohibitum admiserit: nam si sola iuris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata."

Die Frauensperson, welche auf Grund eines Rechtsirrtums einen incestus iuris civilis beging, wird entschuldigt; hat sie einen incestus iuris gentium begangen, kann sie sich auf Rechtsirrtum nicht stützen, da hier schon das natürliche Gefühl sie von der Blutschande hätte abhalten sollen.

Binding[24]) bemerkt zu dieser Stelle, aus ihr gehe hervor, dass eine angebliche Rechtsunkenntnis nur bei den delicta iuris civilis Glauben gefunden habe; daraus folge, dass wirklich vorhandene Rechtsunkenntnis den Dolus und somit die Möglichkeit eines strafbaren Incestes für die römischen Juristen überhaupt ausschliesse.

Die vorliegende Stelle spricht aber von angeblichem Rechtsirrtum ebensowenig, wie die l. 15 pr. de lege Corn. de fals. Dig 48, 10, welche die lex Cornelia de falsis auch auf den Schreiber eines Testaments

---

[22]) Rosshirt, N. Archiv f. Crim.-R. Bd. IX. S. 512.

[23]) Berner, Wirkungskreis S. 26 misst der Unterscheidung im ganzen mehr philosophische als praktische Bedeutung bei.

[24]) l. c. II. S. 322.

ausdehnt, der sich unbefugterweise ein Vermächtnis zuschreibt. Es heisst hier: „Ne vel iis venia detur, qui se ignorasse edicti severitatem praetendant." Für Binding[25]) bedeutet „edicti severitas" wörtlich die sich in der Gleichstellung der bedrohten Handlung mit den Fällen der lex Cornelia manifestierende „Strenge des Edikts", also die Strafhöhe und „praetendere" das Vorspiegeln eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Rechtsirrtums. So kommt Binding dazu, dem citierten Satz zu entnehmen, dass wirkliche Unkenntnis von der Strafhöhe in Rom strafausschliessend gewirkt habe. Zweifellos beziehen sich nun die Worte „severitas edicti" nicht auf die Höhe der Strafe, sondern auf den ganzen Inhalt des Gesetzes, und „praetendere" heisst nicht soviel wie etwas nicht Existierendes vorschützen, sondern einfach soviel wie etwas behaupten, auf etwas pochen. Den Kardinalsatz, dass ein Wissen um die Höhe der angedrohten Strafe zur Bestrafung nicht nötig sei, haben auch die Römer nicht verleugnet! „Severitas edicti" ist eben in technischem Sinne zu verstehen. Im selben Sinne spricht das preussische Landrecht in einer noch zu citierenden Stelle von der „Strenge des Gesetzes" (cf. pag. 68). Technisch sind auch die Begriffe „rusticitas" und „imperitia" zu fassen, was erheblich wird bei der Interpretation der l. 3 §§ 22, 38 Dig., de s. c. Silan. 29,5: Nur dann, wenn der Contravenient ein „imperitus" oder „rusticus" im technischen Sinne des Worts ist, soll ihm die Unbekanntschaft mit dem senatusconsultum Silanianum verziehen werden, welches nach dem Tode eines auf unnatürliche Weise um's Leben gekommenen Herrn die Folterung seiner Sklaven vor der Testamentseröffnung anbefiehlt. Dies und weiter nichts besagen die Worte in l. 3 § 38 l. c: . . . non tenebifur, si forte per imperitiam rel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit (scil. tabulas). . .

Nicht jede Unkenntnis der Satzung entschuldigt, und verwirrend ist es, „rusticus" mit „dumm wie ein Bauer" zu übersetzen wie Binding.[26]) Nur wer aus einer durch notorische Einfalt — dies bedeutet „imperitia" — verursachten Gesetzesunkenntnis vor der Folterung der Sklaven das Testament öffnet, geht straflos aus.

Dass selbst „imperitia" und „rusticitas" kein absolutes Anrecht auf Berücksichtigung des Rechtsirrtums haben, geht hervor aus l. 1 cod.

---

[25]) l. c. II. S. 312, Anm. 437.
[26]) l. c. II S. 315.

de interd. matrim. 5, 6: „Senatus consulti auctoritatem, quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime sublatum est, circumveniri rusticitatis et imperitiae velamentis non oportet. Alles deutet darauf, dass der Wirksamkeit des Rechtsirrtums auf die kriminelle Zurechnung im römischen Strafrecht enge Grenzen gezogen waren!

Der Satz „constitutiones principum nec ignorare nec dissimulare permittimus“ [27]) war die Richtschnur des römischen Rechtslebens, er war die Regel, wenn sich auch aus den Quellen der Schluss ziehen lässt, dass, wo das Delikt mehr auf einer positiven Norm beruht, man eher geneigt war, bei Unkenntnis der betreffenden Norm freizusprechen [28]).

Was endlich das Germanische Recht anlangt, so erfuhr hier der Rechtsirrtum keinerlei Schonung: Das Volk war so innig mit seinen Rechtssatzungen verwachsen [29]). — Wilda [30]) nennt den „Lögsögmanen“ der isländischen Graugans das lebendige Gesetzbuch des Volkes — dass eine Berufung auf Rechtsunkunde nur mit Achselzucken aufgenommen werden konnte.

Einer einzigen Stelle begegnen wir im „Billwärder Recht“ (art. 23) [31]) wo dem „uthlandesch man“ die Unkenntnis des Verbots, zum Ting mit Waffen zu erscheinen, nachgesehen wird, nachdem er seine bona fides eidlich erhärtet hat.

§ 7.

Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts.

Wir erwähnten bereits (pag. 61), dass die moderne Strafgesetzgebung unter Feuerbach'schem Einflusse steht. Sowohl in der Definition des Vorsatzes prägt sich diese Verwandtschaft aus, als darin dass — ganz nach dem inkonsequenten Muster ihres Vorbildes — die

---

[27]) l. 12 Cod. de iuris et facti ignorantia.

[28]) Pernice, Labeo II S. 63. Vergl. auch Julius Clarus l. c. lib. V §. Fin. qu. 85, welcher den Rechtsirrtum des Fremden entschuldigt bei einem „delictum solummodo secundum statuta ipsa civitatis vel loci (scil. wo der Fremde delinquiert hat) prohibitum.“

[29]) Berner, Wirkungskreis S. 37: „Das germanische System sah das angeborene Volksrecht eines jeden als einen lebendigen Bestandteil der Persönlichkeit an.“

[30]) Strafrecht der Germanen S. 18.

[31]) John, Strafrecht in Norddeutschland zur Zeit der Rechtsbücher S. 127.

einzelnen Gesetzbücher der Berufung auf Gesetzesunkunde zum Teil gar nicht, zum Teil nur in geringem Masse Statt geben, sich mehr oder weniger einer praesumtio doli nähernd.

Das preussische Landrecht ist das einzige Gesetzbuch, das eine Ausnahme von der Regel bildet. Es nennt (Tit. 20, § 26 Teil II) ein Verbrechen „vorsätzlich", „wenn jemand absichtlich etwas thut oder unterlässt, wodurch jemand gegen die Vorschrift des Strafgesetzes beleidigt wird." Hiernach muss sich der Vorsatz lediglich auf den physischen Akt selbst erstrecken, der nach objektivem Recht ein „Verbrechen" darstellt. Der Vorsatz des Landrechts ist der einfache dolus facti im Gegensatz zum dolus iuris der folgenden Gesetzbücher, welchem das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit wesentlich ist. Eine gewisse Koncession macht jedoch auch das allgemeine Landrecht dem Dolus iuris nach einer andern Richtung hin, indem es den Satz des § 10 (Teil II Titel 20) „eine absichtliche Verletzung der öffentlichen oder Privatsicherheit kann durch die Unwissenheit der Gesetze nicht entschuldigt werden", indem es diese mit seiner Vorsatzdefinition korrespondierende Unwirksamkeitserklärung des Rechtsirrtums, wie folgt, einschränkt (§ 11). „Sonst trifft die Strenge der Gesetze nur den, welcher das Strafgesetz zu wissen schuldig und imstande gewesen ist." (T. II. Tit. 20, § 26).

Das bayerische Gesetzbuch (Art. 71) sagt: „Der betreffende wird mit dem Vorgeben (scil. der Unbekanntschaft mit dem Gesetz) — praetendere! — nicht gehört, wenn nicht Blödsinn, grosse Dummheit („imperitia et rusticitas") und andere dergleichen Gemütsfehler dieses Vorgeben unterstützen." Vom Vorsatz giebt das Gesetzbuch (Art. 39) folgende Begriffsbestimmung: „Rechtswidriger Vorsatz liegt vor, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat und sich dabei der Rechtswidrigkeit ihres Entschlusses bewusst gewesen ist."

Deutlich wird es hier ausgesprochen, dass der Vorsatz sich nicht auf die sinnlich wahrnehmbare Handlung als solche, sondern auf die Qualifikation derselben, das Verbrechen zu richten habe.

Das hannöversche Gesetzbuch fordert das Bewusstsein, dass die Handlung unerlaubt sei (Art. 41); bez. der ignorantia iuris unterscheidet es, ob sie sich auf Art und Grösse der Strafe beziehe, in welchem Fall sie wirkungslos ist, oder ob der Thäter die Handlung „in

unüberwindlicher, schuldloser Unwissenheit" für unverboten gehalten habe, in welchem Falle er freizusprechen ist.

Ähnlich wie die des bayerischen lautet die Dolusdefinition des badischen Strafgesetzbuches, welches jedoch auch wieder jegliches Nichtwissen vom Strafgesetz für irrelevant erklärt, darin also noch weiter wie das bayerische Gesetzbuch in der Aufstellung der „praesumtio doli" geht.

Das preussische Strafgesetzbuch von 1851 bedeutet einen Einschnitt in der modernen Strafgesetzgebung. Es unterscheidet sich von den ihm voraufgegangenen Gesetzbüchern auffallend dadurch, dass es keine Begriffsbestimmung des Vorsatzes enthält. Goltdammers Materialien (I. S. 236) geben uns über den Grund dieses Mangels Aufschluss.

„Aus dem Gange der Vorberatungen und dem Schicksale der einzelnen Entwürfe ergiebt sich in Absicht auf die Lehren vom Vorsatz und der Fahrlässigkeit das Resultat, dass die Gesetzgebung vielfach vergeblich versucht hat, jene Lehren und die Grenzen beider Begriffe unter einander in bestimmte, zugleich dispositive Formeln zu bringen, dass sie daher in dieser Hinsicht, das Feld lediglich der Doktrin überlassen und dem Richter vertraut hat, dass ihn diese und mit ihr die lebendige praktische Anschauung der Dinge leiten werde."[1])

Wir können annehmen, dass aus demselben Grunde auch das deutsche Strafgesetzbuch, welches mit dem preussischen wesensgleich ist, auf ihm beruht, eine Definition des Vorsatzes verschmäht hat.

Dass der Gesetzgeber von einer einheitlichen Auffassung des Vorsatzes ausgegangen ist, muss als Postulat von vornherein feststehen, wenn man den unserm Reichsstrafgesetzbuch zu Grunde liegenden Vorsatzbegriff ermitteln will.[2]) Nur auf dem Umwege der Interpretation des § 59 R.St.G.B. lässt sich diesem auf die Spur kommen. Der § 59 Absatz 1 lautet: „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren

---

[1]) Bereits Mittermaier, N. Archiv für Crim.-R. XII, S. 93. weist auf die Überflüssigkeit, ja Schädlichkeit von Legaldefinitionen abstrakter Begriffe wie des Vorsatzes hin. Allein die Doktrin und vernünftiger Gerichtsbrauch könne ihr Wesen richtig entwickeln.

[2]) Auch Gessler betont dieses Postulat energisch „Über Begriff und Arten des Dolus", S. 170.

Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen."

Bereits am Schluss unseres Paragraphen 2 (pag. 13) haben wir das Resultat ausgesprochen, dass die Worte „Thatumstände, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören" sich nicht auf die Rechtswidrigkeit im Sinne der Strafgesetzwidrigkeit einer Handlung beziehen können. In unserm Paragraphen 3 haben wir den tieferen Grund des Missverständnisses in der Interpretation unseres § 59 R. St. G. B. aufzudecken versucht, welches in der Rechtswidrigkeit der Handlung einen zum gesetzlichen Thatbestande des einzelnen Verbrechens gehörigen That-Umstand sieht.

Dem Wortlaut des Paragraphen hiesse es Gewalt anthun, wollte man unter „Thatumständen" etwas andres als den Komplex von Merkmalen, die die konkrete Handlung bilden, verstehen. In Widerspruch mit dem gewöhnlichen Sprachgebrauch[3]) setzt sich, wer das Vorhandensein einer Rechtsnorm einen „Thatumstand" nennt, in Widerspruch mit einem Sprachgebrauch, dessen richtiger Instinkt Thatsache und Recht, Unkenntnis einer Thatsache und Unkenntnis der Rechtswidrigkeit scharf auseinanderhält. Gekünstelt wiederum ist es, wenn weiter vom „gesetzlichen Thatbestande" die Rede ist, die Unterscheidung der Doktrin in den „besondern" und in den „allgemeinen" Thatbestand auf den § 59 anzuwenden, und auch den „allgemeinen" Thatbestand in das Gesetz hineinzuinterpretieren.

Thut man es dennoch, so sollte man wenigstens so consequent sein und den § 59 nicht nur auf das Verboten- resp. Strafbarsein, vielmehr auch auf die Zurechnungsfähigkeit, Strafmündigkeit u. s. w., also auf den gesamten allgemeinen Thatbestand beziehen. Ungestraft stehlen können müsste dann ein im Irrtum über seine Strafmündigkeit befangener Dieb, der in Wahrheit das zwölfte Lebensjahr vollendet hat, sich aber für noch nicht zwölf Jahre alt hält. Alle jene Elemente sind für das Vorhandensein eines Verbrechens ebenso essentiell wie der der Handlung anhaftende Charakter der Unerlaubtheit, ein Um-

---

[3]) Auf den täglichen Sprachgebrauch berufen wir uns, weil gerade ihm das R.St.G.B. in hohem Masse anhängt, so zwar, dass mitunter die Deutlichkeit der juristischen Begriffe leidet. So wird zur Bezeichnung des Vorsatzes bald „vorsätzlich" bald „absichtlich" ohne Unterschied gebraucht, Ausdrücke, welche begrifflich sehr verschiedenes bezeichnen.

stand, dem die gegnerische Ansicht einen über alle Erfordernisse des Thatbestandes erhabenen Rang anweist.

Absatz 2 des § 59 wäre überdies mit dem Absatz 1 gar nicht in Einklang zu bringen, wenn man dem Fehlen des Bewusstseins von der Gesetzwidrigkeit der Handlung strafausschliessende Wirkung zuschriebe.

Der Absatz 2 des § 59 R.St.G.B. lautet:

„Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung (des Absatz 1) nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.“

Demnach musste, wenn das Verboten- oder Strafbarsein ein „Thatumstand, der zum gesetzlichen Thatbestand gehört“, wäre, die verschuldete Unkenntnis der Rechtswidrigkeit dem Thäter als strafbare Fahrlässigkeit zugerechnet werden, was mit dem Begriffe der Fahrlässigkeit unvereinbar wäre (cf. pag. 63). Für denjenigen, welcher im Bewusstsein der Gesetzeswidrigkeit einen wesentlichen Bestandteil des Vorsatzes erblickt, kann die Übertretung einer ungekannten strafrechtlichen Satzung unmöglich dadurch Delikt werden, dass diese Unkenntnis eine verschuldete war. „Wer das Gegenteil annimmt, überträgt die Schuld bei einem Unterlassungsdelikt (das in der Ignorierung der Norm besteht) auf eine Thätigkeit, um aus den Übertretungen zweier Normen, eines Gebots und eines Verbots, von denen jene schuldhaft, diese schuldlos geschah, ein eigenes Begehungsverbrechen zu schaffen. Das Geschöpf kann nicht anders als monströs ausfallen.“ So sagt Binding[4]) und giebt damit selbst zu, dass die verfehlte Unterscheidung in schuldhafte und schuldlose Rechtsunkenntnis vom R.Str.G.B. nicht anerkannt worden ist.

Wir sehen, auch als organisches Ganze lässt der Irrtums-Paragraph des R.Str.G.B. die Annahme einer Privilegierung des „error iuris“ nicht zu.

Wir gelangen zu dem Schluss, dass das Bewusstsein der objektiven Rechtswidrigkeit in unserm deutschen Strafgesetzbuch konstitutiver Faktor des Vorsatzbegriffes nicht ist. Dass dies für das ganze Gesetz gelten muss, folgt aus dem oben (pag. 69) betonten Postulat der Einheitlichkeit der Auffassung des Vorsatzes.

Es will scheinen, als sei diese Einheit in einer Reihe von Para-

[4]) l. c. II. S. 61.

graphen des R. Str. G. B. nicht gewahrt, als sei das Prinzip des Satzes „error iuris nocet“ hier durchbrochen: Der Gesetzgeber hat nämlich in einigen Paragraphen Bezeichnungen, wie „rechtswidrig“, „widerrechtlich“, „unbefugt“ u. dergl. eingeschaltet [5]).

Es fragt sich, wie sind die auf solche Weise exceptionell behandelten Paragraphen zu deuten?

Gerade sie führte Binding dafür ins Feld, dass das Reichsstrafgesetzbuch überhaupt nicht „das wichtigste Merkmal des Deliktsvorsatzes: die That als eine verbotene“ habe fallen lassen. Mit Unrecht hat man (so Lucas) Binding folgenden Einwand gemacht: Gesetzt den Fall, so sagt man, die Paragraphen des R. Str. G. B., wo sich die betreffenden Einschaltungen befinden, bewiesen für sich selbst die Notwendigkeit des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit zur Strafbarkeit des Thäters, so sei Binding deswegen noch nicht berechtigt, von diesen Paragraphen den Schluss aufs Ganze zu ziehen.

Demgegenüber ist zu erwidern: Binding geht mit Recht von der Einheitlichkeit des dem R. Str. G. B. zu Grunde liegenden Vorsatzbegriffes aus. Wir müssen sagen: Wenn die in Frage kommenden Paragraphen wirklich so auszulegen sind, wie sie Binding auslegt, so steht dem Schluss auf alle übrigen Paragraphen des Gesetzbuches nichts im Wege.

Es fragt sich eben nur: Soll mit den in die Legaldefinition der betreffenden Verbrechen aufgenommenen Ausdrücken, wie „rechtswidrig“, „unbefugt“ u. dergl. in der That ausgesprochen sein, dass zum Dolus dieser Strafthaten das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehöre, in dem Sinne, das selbst ein sich als Irrtum über das Strafgesetz darstellender rechtlicher Irrtum von strafausschliessender Wirkung sein solle? Denn insofern der Irrtum des Thäters ausserhalb des Strafgesetzes liegende Normen betrifft — dies sei an dieser Stelle ausdrücklich wiederholt —, insofern der Rechtsirrtum ein error facti im Sinne des Strafrechts ist (cf. § 4), soweit die Rechtswidrigkeit Thatumstand ist, steht ein- für allemal fest, dass das Bewusstsein der „Rechtswidrigkeit“ notwendig ist: Wer wegen Betruges verurteilt

---

[5]) Es sind dies folgende Paragraphen des R. St. G. B.: §§ 242, 246, 249, 253, 263, 267, 289, 304, 305, 346, 353 (rechtswidrig) — §§ 123, 124, 239, 240, 291, 339, 353a, (widerrechtlich) — §§ 123, 127, 132, 136, 168, 290, 296a, 299, 300, 360 [7. 8. 14.] (unbefugt, unbefugterweise) — §§ 292, 294, 295, 296, 341 (unberechtigt, ohne hierzu berechtigt zu sein).

werden soll, muss gewusst haben, dass er auf den Vermögensvorteil, welchen er durch Irrtumserregung an sich bringen wollte, kein Recht habe; in diesem Sinne ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erforderlich, da die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Betruge ebenso Thatumstand ist, wie die Fremdheit der Sache beim Diebstahl, als solcher daher ins Bewusstsein des Thäters aufgenommen sein muss, damit die Zurechnung begründet sei.

Es kann sich also hier nur darum handeln, ob in den in Betracht kommenden Paragraphen des R.Str.G.B. der strafrechtliche error iuris vom Gesetzgeber mit strafausschliessender Wirkung versehen worden ist. Lebhaft ist diese Frage umstritten. Bejaht wird sie sogar von v. Liszt[6]) und Meyer[7]); sie, die sonst am Prinzip des Satzes „error iuris nocet" festhalten, machen, wie Lucas[8]) sich ausdrückt, vor diesen mit den bewussten Zusätzen ausgestatteten Paragraphen Halt.

Ein Beispiel werfe Licht auf die Tragweite der nach unserer Anschauung inkonsequenten Theorie Liszt's u. A.:

Wir hatten oben (pag. 36, § 4) den Fall, dass ein Erwachsener einen diebischen Knaben züchtigt, überzeugt, in seinem guten Rechte zu handeln. Trotzdem hat ihn, wie wir sahen, das Reichsgericht der vorsätzlichen Körperverletzung für schuldig erklärt. Nehmen wir einmal an, der Erwachsene hätte den Knaben, der ihn bestohlen hatte, anstatt ihn zu züchtigen, zur Strafe in eine dunkle Kammer gesperrt:

Nach Liszt's Theorie wäre er in diesem Falle freizusprechen, hätte in diesem Falle, wo es sich nicht um Körperverletzung sondern um Freiheitsberaubung handelt, der sich als Irrtum über eine strafrechtliche Norm darstellende Befugnisirrtum strafbefreiende Kraft! Heisst es doch im § 239 R.Str.G.B.: „Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt .... wird mit Gefängnis bestraft". — Es leuchtet nicht ein, wie dieses eine Wort „widerrechtlich" des § 239, welches in dem Körperverletzungs-Paragraphen sich nicht findet, Ursache so unterschiedlicher Behandlung zweier so nah verwandter, ja fast identischer Thatbestände sein solle.

Gesetzt den Fall, die in einigen Paragraphen des R.Str.G.B eingefügten Ausdrücke „rechtswidrig" „widerrechtlich" u. s. w. hätten

---

[6]) l. c. S. 152 (§ 40) 6 A.
[7]) Meyer, Lehrb. 3 A. S. 153.
[8]) l. c. S. 90.

die Bedeutung, dass das Bewusstsein der Strafgesetzwidrigkeit zum Begriffe des Vorsatzes gehöre — woraus für uns folgen würde, dass dies auch bezüglich aller übrigen Paragraphen des Gesetzbuches gelte — so liesse sich dem Strafgesetzgeber der Vorwurf der Willkürlichkeit nicht ersparen: denn willkürlich wäre es, ein so überaus wichtiges Erfordernis nicht durchgängig, vielmehr nur hier und da zum Ausdruck zu bringen, noch dazu bei Delikten, denen gar nichts Besonderes, sie von den anderen abhebendes, anhaftet.

Wir sehen uns daher zu der Annahme veranlasst, dass den in Frage kommenden Bezeichnungen eine so weittragende Bedeutung durchaus nicht beiwohnt. Über die Beweggründe, weswegen sie an einzelnen Stellen eingestreut sind, in der Regel aber fehlen, erfahren wir aus den Motiven nichts; auch die Materialien des Pr.Str.G.B., welchem die meisten einschlägigen Stellen entnommen sind, schweigen über diesen Punkt.

Das Rätsel löst sich, wenn wir uns an die einfachste Auslegung halten und in den von andrer Seite mit solchem Nimbus versehenen Worten nichts als redaktionelles Beiwerk erblicken: Lediglich auf den objektiven Thatbestand beziehen sich die Worte; sie deuten nichts weiter an, als was von vornherein selbstverständlich ist, nämlich dass die poenalisierten Handlungen nur dann Verbrechenscharakter haben, wenn der Thäter nicht zn ihrer Vornahme aus einem im objektiven Recht liegenden Grunde berechtigt ist: Die Rechtswidrigkeit der Handlung ist Bedingung ihrer Strafbarkeit.

Der Gesetzgeber thut weiter nichts, als dass er in der gesetzlichen Bezeichnung des rechtsverletzenden Charakters der Handlung variiert. Teils hebt er die Rechtswidrigkeit der Handlung ausdrücklich hervor, wie in den (pag. 72, Anm. 5) citierten Paragraphen, teils — und dies ist die übergrosse Mehrzahl der Fälle — wird durch die blosse Thatsache der Poenalisierung eine öffentlichrechtliche Obligation zur Unterlassung der poenalisierten Handlung konstituiert.

Letzteres trifft z. B. zu bei den §§ 211 und 212 R.Str.G.B.: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird . . . . wegen Mordes (Totschlages) . . . . bestraft".

Stillschweigende Voraussetzung der angedrohten Strafe ist, dass dem Thäter kein Ausnahmerecht, keine Sonderbefugnis zur Seite steht. Denn sonst wäre der Scharfrichter der Strafe des Mordes, welche § 211 festsetzt, unrettbar verfallen. Das bayerische Str.G.B. von 1861 sagt

daher auch: „Wer in der Absicht, einen andern zu töten, rechtswidrig den Tod desselben verursacht . . .“[9]) In gleichem Sinne heisst es in § 98 Titel 6, Teil I des Allgemeinen Landrechts: „Wer widerrechtlich einen Menschen um's Leben bringt, muss in allen Fällen der hinterlassenen Frau und den Kindern des Entleibten die Kosten der etwaigen Kur, ingleichen die Begräbnis- und Trauerkosten ersetzen“. Notwendig war es nicht, dass der preussische Gesetzgeber das „widerrechtlich“ einfügte; denn kein Mensch dürfte wohl den Scharfrichter für verpflichtet halten, die Hinterbliebenen des enthaupteten Mörders mit Trauergarderobe zu versehen: Ein Recht wird hier durch das andere Recht aufgehoben.

Hätte nun auch im Mord-Paragraphen unseres deutschen Str.G.B. das Wort „rechtswidrig“ u. a. Aufnahme seinerzeit gefunden, wie dies ja leicht hätte sein können, so müsste — dies bedenke man! — nach der Meinung derer, welche damit das Postulat des Bewusstseins der Strafgesetzwidrigkeit ausgedrückt sehen, derjenige, welcher jemandem auf dessen dringendes Verlangen den Tod giebt, im Glauben, zu solchem Thun ein Recht zu haben, durch diesen seinen strafrechtlichen Irrtum gedeckt sein!

Man wird daher nicht anders können, als den erörterten Bezeichnungen alle sachliche Bedeutung absprechen, ihnen rein deklarativen[10]) Wert beimessen. Man wird sagen: jene Wörter könnten ebensogut ganz fehlen, man wird sie mit Lucas[11]) auffassen als ein „Superfluum, hervorgerufen durch einen Akt legislatorischer Vorsicht, welche bei Thatbeständen, hinsichtlich deren die Berechtigungsfrage besonders wichtig ist, jedes Missverständniss von vornherein unmöglich machen und die Aufmerksamkeit des Richters auf die Frage besonders hinlenken wollte“.

Für uns steht die Auseinanderreissung jener Verbrechen, deren Legaldefinition die erörterten Ausdrücke „rechtswidrig“, „widerrecht-

---

[9]) Auch sonst gedenkt das bayrische St.G.B. mehrfach der Rechtswidrigkeit, wo das R.St.G.B. sie als in der That objektiv schon liegend voraussetzt, so bei der Körperverletzung und der Brandstiftung. Darauf macht Schaper aufmerksam in Holtz. Handbuch II S. 209.

[10]) Dies thut auch Berner. Lehrb. S. 120 Anm., wenn er sagt: „Oft hebt das R.St.G.B. nicht nur das subjektive Moment der Vorsätzlichkeit, sondern auch das objektive der Rechtswidrigkeit hervor.“

[11]) l. c. S. 92.

lich" u. a. aufweist, und der übrigen Verbrechen auf derselben Stufe wie die von den übrigen Delikten unterschiedliche Behandlung der Polizeidelikte. Hier wie dort ist an der generischen Gleichheit des gesamten Strafrechts festzuhalten. Die kriminelle Schuldfrage ist ein für allemal aus denselben Gesichtspunkten zu erörtern, unter demselben Sehwinkel zu betrachten.

Hinsichtlich der Polizeidelikte und Nicht-Polizeidelikte ergiebt sich diese generische Gleichheit aus § 1 des R.Str.G.B. Es lässt sich für die Sonderbehandlung kein theoretisch zu rechtfertigender Grund anführen, da die Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen, Übertretungen nur für eine Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte berechnet, vorwiegend quantitativ [12]) ist, aber keine Unterlage für eine qualitativ verschiedene Behandlung giebt.

Die Wissenschaft kann allein den Standpunkt vertreten und zu dem ihren machen, dass auch im Gebiete des Polizeiunrechtes die strafrechtliche Zurechnung auf der Willensschuld (also auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruht, und dass von einer rein formalen, sich lediglich an die äussere Verursachung haltenden Zurechnung auch hier nicht die Rede sein kann; sie darf sich nicht auf den Boden einer Nützlichkeitspraxis stellen, welche lediglich das nackte Faktum ohne Bezug auf den Willen entscheiden lässt [13]).

---

[12]) Berner, Wirkungskreis S. 14. Auch Heffter, Lehrb. § 31 leugnet die Sonderstellung der Polizeidelikte: „Eine wesentliche in der Natur des Verbrechens oder der Strafe begründete Verschiedenheit besteht nicht zwischen eigentlichen (peinlichen) und Polizeivergehen." — Aus einem andern Gesichtspunkt wurde die Gleichbehandlung der Polizei- und der Nichtpolizeidelikte schon einmal in dieser Abhandlung (pag. 48) befürwortet.

[13]) Mit scharfen Worten wird das eine solche Nützlichkeitspraxis bei Übertretungen, Zoll- und Steuerdelikten befolgende preuss. Obertribunal von Loos in der „Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung" (1870. S. 323 f) angegriffen. Seine Ausführungen sind nur insoweit begründet, als sie Fälle betreffen, woselbst trotz eines faktischen Irrtums auf Strafe erkannt wird. So hätte von Rechtswegen jene Herrschaft, die eine russische Jüdin ohne Zustimmung des Ministers des Innern in Dienst genommen hatte, weil sie nicht wusste, dass die Frauensperson eine russische Jüdin war, keine Geldstrafe zu bezahlen brauchen. — Das Prinzip des Obertribunals wird auch vom Reichsgericht vertreten, wenn dieses (§ E. VII. S. 240) den § 59 R.St.G.B. auf Wechsel-Steuerhinterziehung für nicht anwendbar erklärt. — Ebenso wie Meyer (Lehrb. § 26) tritt demgegenüber Binding, worin ihm nur beizupflichten ist, mit Endschiedenheit für die Einheitlichkeit des kriminellen Schuldbegriffs ein, indem er

Das R.Str.G.B. gewährt keinen Anhalt dafür, dass nicht auch bei den Polizeiübertretungen dem Willen das in unserm § 4 behandelte „Recht des Wissens" bei der vorsätzlichen Handlung gewahrt werden soll.

So ist unser Endresultat, dass das R.Str.G.B. durchweg nur einen Vorsatz kennt. Der Vorsatz ist der nämliche bei der Körperverletzung wie bei der Freiheitsberaubung: Es gilt der Satz „error iuris nocet", ob nun die Legaldefinition der strafbaren Handlung das Wort „widerrechtlich" enthält oder nicht. — Und der Mörder ist auf Grund des nämlichen Vorsatzes strafbar wie der, welcher in seinem Mutwillen „Hunde auf Menschen hetzt" (§ 366, 6 R.Str.G.B.): Dass ein Mensch Objekt seiner Handlung ist, muss der Thäter z. B. hier wie dort wissen. Ein thatsächlicher Irrtum wirkt strafausschliessend, ob wir es nun mit einem Polizeidelikt oder dem schwersten Verbrechen zu thun haben [14].

§ 8.

Schlussbetrachtung.

Der Schwerpunkt dieser Abhandlung liegt in der Betonung der Unerheblichkeit des individuellen Wissens von den rechtlichen Folgen der Handlung für die Frage der kriminellen Zurechnung.

---

sagt (l. c. II S. 616): „Die Annahme, dass ein materielles Strafgesetz mit vollem Bewusstsein an schuldlose Thatbestände eine Strafdrohung knüpfen könnte, enthält den schwersten Vorwurf, der je der modernen Strafgesetzgebung gemacht ist, den Vorwurf bewusster Verletzung der höchsten Grundsätze der Gerechtigkeit und des schnödesten Verrats an der Rechtschaffenheit der Staatsbürger."

[14]) Ebenso wie das R.St.G.B. keine Bestimmung über die Irrelevanz des kriminellen error iuris enthält, könnte auch der § 59 ganz fehlen. Wie denn in der That der aus rein praktischen Gründen schliesslich doch in das Gesetzbuch aufgenommene Irrtums-Paragraph des Pr.St.G.B., aus welchem der Irrtums-Paragraph unseres R.St.G.B. hervorgegangen ist, im Entwurfe von 1850 wegen der Selbstverständlichkeit in ihm ausgesprochenen Gedankens oder wie Berner (Grundsätze des preuss. Strafrechts S. 74) sagt, als unvollständiger Ausdruck für ein viel allgemeineres Prinzip ganz fortblieb; man könne — so heisst es in den Motiven durch strenge Folgerungen aus dem Begriff des Vorsatzes auf dasselbe Resultat kommen, wenn man nur die subjektive und objektive Seite des Verbrechens scharf sondere. Und wirklich gelangt man durch strenge Folgerungen aus dem Begriff des Vorsatzes wie zur Verneinung der Wirksamkeit des kriminellen Rechtsirrtums auch zur Bejahung der Wirksamkeit thatsächlichen Irrtums: Aus dem unserem § 3 zu Grunde liegenden Satz von der Objektivität folgt der in unserem § 5 näher erörterte Satz „error iuris nocet" und auf dem in unserm § 4 behandelten „Recht des Wissens" beruht die in § 59 R.St.G.B. sanktionierte Erheblichkeit des „error facti".

lich" u. a. aufweist, und der übrigen Verbrechen auf derselben Stufe wie die von den übrigen Delikten unterschiedliche Behandlung der Polizeidelikte. Hier wie dort ist an der generischen Gleichheit des gesamten Strafrechts festzuhalten. Die kriminelle Schuldfrage ist ein für allemal aus denselben Gesichtspunkten zu erörtern, unter demselben Sehwinkel zu betrachten.

Hinsichtlich der Polizeidelikte und Nicht-Polizeidelikte ergiebt sich diese generische Gleichheit aus § 1 des R.Str.G.B. Es lässt sich für die Sonderbehandlung kein theoretisch zu rechtfertigender Grund anführen, da die Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen, Übertretungen nur für eine Abgrenzung der Zuständigkeit der Gerichte berechnet, vorwiegend quantitativ [12]) ist, aber keine Unterlage für eine qualitativ verschiedene Behandlung giebt.

Die Wissenschaft kann allein den Standpunkt vertreten und zu dem ihren machen, dass auch im Gebiete des Polizeiunrechtes die strafrechtliche Zurechnung auf der Willensschuld (also auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruht, und dass von einer rein formalen, sich lediglich an die äussere Verursachung haltenden Zurechnung auch hier nicht die Rede sein kann; sie darf sich nicht auf den Boden einer Nützlichkeitspraxis stellen, welche lediglich das nackte Faktum ohne Bezug auf den Willen entscheiden lässt [13]).

---

[12]) Berner, Wirkungskreis S. 14. Auch Hefftter, Lehrb. § 31 leugnet die Sonderstellung der Polizeidelikte: „Eine wesentliche in der Natur des Verbrechens oder der Strafe begründete Verschiedenheit besteht nicht zwischen eigentlichen (peinlichen) und Polizeivergehen." — Aus einem andern Gesichtspunkt wurde die Gleichbehandlung der Polizei- und der Nichtpolizeidelikte schon einmal in dieser Abhandlung (pag. 48) befürwortet.

[13]) Mit scharfen Worten wird das eine solche Nützlichkeitspraxis bei Übertretungen, Zoll- und Steuerdelikten befolgende preuss. Obertribunal von Loos in der „Allgemeinen deutschen Strafrechtszeitung" (1870. S. 323 f) angegriffen. Seine Ausführungen sind nur insoweit begründet, als sie Fälle betreffen, woselbst trotz eines faktischen Irrtums auf Strafe erkannt wird. So hätte von Rechtswegen jene Herrschaft, die eine russische Jüdin ohne Zustimmung des Ministers des Innern in Dienst genommen hatte, weil sie nicht wusste, dass die Frauensperson eine russische Jüdin war, keine Geldstrafe zu bezahlen brauchen. — Das Prinzip des Obertribunals wird auch vom Reichsgericht vertreten, wenn dieses (§ E. VII. S. 240) den § 59 R.St.G.B. auf Wechsel-Steuerhinterziehung für nicht anwendbar erklärt. — Ebenso wie Meyer (Lehrb. § 26) tritt demgegenüber Binding, worin ihm nur beizupflichten ist, mit Endschiedenheit für die Einheitlichkeit des kriminellen Schuldbegriffs ein, indem er

wusstsein: Man bedachte nicht, dass man damit ein naturale, welches auch fehlen kann, ohne innere Berechtigung in ein essentiale umwandelte.

Der Satz des kanonischen Strafrechts „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“ hat von der für die Strafausmessung richtigen[2]) und wertvollen Ansicht, dass vornehmlich die verbrecherische Gesinnung gestraft wird, für die Zurechnung zu der irrtümlichen Folgerung geführt, dass, wo diese böse Gesinnung nicht erwiesen werden kann, die Zurechenbarkeit der That zu verneinen ist.[3])

Ob in dem Willen sich die Strafbarkeit oder Verwerflichkeit der objektiv strafbaren oder verwerflichen Handlung spiegelt, darauf kommt für die Zurechnungsfrage nichts an.

Wird man einen Lügner, weil er bei der Lüge keine Empfindung ihrer Verächtlichkeit hatte, deswegen vom Vorwurf der Lüge lossprechen? Darum nicht, weil dieses subjektive Bewusstsein für die Lüge nicht in demselben Sinne begriffswesentlich ist, wie das Bewusstsein, eine Unwahrheit zu behaupten, ohne welches keine Lüge vorliegt. Mit dem vorsätzlichen Verbrechen ist es nicht anders: Auch hier hängt die durch das Wissen und Wollen der Handlung als solcher bedingte Zurechnung von der Gesinnung d. h. von dem Meinen über die kriminelle oder gar über die sittliche Qualifikation der Handlung, wie auseinandergesetzt, nicht ab.

Ein Princip, welches die Schuld lediglich in die Verantwortlichkeit für den Erfolg setzt und das Verhältnis des Willens zum **Werte** der Handlung völlig ignoriert, muss notwendig das sociale Verantwortlichkeitsgefühl des Individuums höher spannen als ein Schuldbegriff, welcher im letzten Grunde das Individuum selbst über sein Thun und Lassen zu Gericht sitzen lässt.

Auf dem Gebiete des Civilrechts geht eine analoge Tendenz

---

[2]) Auch hier hat die starke Betonung der voluntas durch das kanonische Recht, dem sonst eine wesentliche Läuterung des Versuchsbegriffes zu verdanken ist, zu der Übertreibung geführt, dass der Versuch der Vollendung gleich gestraft wird, wie im Code pénal.

[3]) Da mit dem Worte „Dolus“ sich die Vorstellung der Arglist, der bösen Gesinnung verknüpft, so empfiehlt es sich, das Wort wegen der in ihm liegenden Gefahr der Irreleitung aus den Strafrechtslehrbüchern, wo es nicht schon geschehen ist, gänzlich zu verbannen, und anstatt dessen nur vom strafrechtlichen „Vorsatz“ zu reden.

Der Schuldbegriff, welcher sich aus der hier vertretenen Anschauung ergiebt, muss ein wesentlich anderer sein als der Schuldbegriff derer, welche den Willen in Beziehung zum Recht oder sonst einer Objektivität setzen und dem Worte „Schuld" einen sittlichen Beigeschmack verleihen. Wir, die wir den Willen in Bezug setzen nicht zum Recht, sondern zum Erfolge, nicht zur Qualifikation der Handlung, sondern zur Handlung selbst, sehen die Schuld lediglich in der Urheberschaft einer objektiv strafbaren Handlung. Schuldhaft ist jedwede Handlung, sofern sie nur Handlung ist, wenn sie mit dem geltenden Strafrechte kollidiert.

Die Frage der strafrechtlichen Schuld ist rein objektiv zu beurteilen. Das Bewusstsein „schuld" zu sein (scil. an der Handlung, an dem Thatbestande des konkreten Verbrechens) — dahin fassen wir unsere Erörterungen über die Materie zusammen — ist für den kriminellen Vorsatz begriffswesentlich, nicht aber das Bewusstsein, „schuldig" zu sein oder, kurz, das „Schuldbewusstsein".

Die psychologische Erklärung der von uns verworfenen Aufnahme dieses Schuldbewusstseins in den Begriff des Vorsatzes finden wir in folgendem Irrtum: Da im Laufe der Zeiten das Bewusstsein der Schuld i. S. der Strafbarkeit der Handlung oder wenigstens ihrer Moralwidrigkeit vielen verbrecherischen Handlungen gewissermassen immanent geworden war, hatte man ganz darüber vergessen, dass diesem Schuldbewusstsein ursprünglich eine strafbegründende Rolle keineswegs zufiel (cf. oben pag. 45). So gelangte man allmählich dazu, eine mehr oder weniger zufällige Begleiterscheinung des auf eine objektiv strafbare Handlung gerichteten Willens zur Voraussetzung der „Strafthat", zur Funktionsbedingung des Strafrechtes zu erheben. Weil man verlernt hatte, den auf eine objektiv strafbare Handlung gerichteten Willen ohne das subjektive Schuldbewusstsein zu denken[1], forderte man auch bei denjenigen strafbaren Handlungen, welche in dem subjektiven Bewusstsein als solche nicht allgemein lebten — wohl nie wird es dahin kommen, dass alle Verbrechen in der Vorstellung aller auch als solche existieren! — forderte man auch bei ihnen jenes Schuldbe-

[1]) Da Verrat eine objektiv schändliche That ist, spricht die C. C. C. in Art. 124 von „boshafftiger verreterey"; Art. 178 bestraft in dem versuchten Verbrechen den „bösen" Willen, weil das Verbrechen etwas böses ist, ein auf etwas böses gerichteter Wille aber nicht anders als böse vorgestellt werden kann.

wusstsein: Man bedachte nicht, dass man damit ein naturale, welches auch fehlen kann, ohne innere Berechtigung in ein essentiale umwandelte.

Der Satz des kanonischen Strafrechts „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“ hat von der für die Strafausmessung richtigen[2]) und wertvollen Ansicht, dass vornehmlich die verbrecherische Gesinnung gestraft wird, für die Zurechnung zu der irrtümlichen Folgerung geführt, dass, wo diese böse Gesinnung nicht erwiesen werden kann, die Zurechenbarkeit der That zu verneinen ist.[3])

Ob in dem Willen sich die Strafbarkeit oder Verwerflichkeit der objektiv strafbaren oder verwerflichen Handlung spiegelt, darauf kommt für die Zurechnungsfrage nichts an.

Wird man einen Lügner, weil er bei der Lüge keine Empfindung ihrer Verächtlichkeit hatte, deswegen vom Vorwurf der Lüge lossprechen? Darum nicht, weil dieses subjektive Bewusstsein für die Lüge nicht in demselben Sinne begriffswesentlich ist, wie das Bewusstsein, eine Unwahrheit zu behaupten, ohne welches keine Lüge vorliegt. Mit dem vorsätzlichen Verbrechen ist es nicht anders: Auch hier hängt die durch das Wissen und Wollen der Handlung als solcher bedingte Zurechnung von der Gesinnung d. h. von dem Meinen über die kriminelle oder gar über die sittliche Qualifikation der Handlung, wie auseinandergesetzt, nicht ab.

Ein Princip, welches die Schuld lediglich in die Verantwortlichkeit für den Erfolg setzt und das Verhältnis des Willens zum W e r t e der Handlung völlig ignoriert, muss notwendig das sociale Verantwortlichkeitsgefühl des Individuums höher spannen als ein Schuldbegriff, welcher im letzten Grunde das Individuum selbst über sein Thun und Lassen zu Gericht sitzen lässt.

Auf dem Gebiete des Civilrechts geht eine analoge Tendenz

---

[2]) Auch hier hat die starke Betonung der voluntas durch das kanonische Recht, dem sonst eine wesentliche Läuterung des Versuchsbegriffes zu verdanken ist, zu der Übertreibung geführt, dass der Versuch der Vollendung gleich gestraft wird, wie im Code pénal.

[3]) Da mit dem Worte „Dolus“ sich die Vorstellung der Arglist, der bösen Gesinnung verknüpft, so empfiehlt es sich, das Wort wegen der in ihm liegenden Gefahr der Irreleitung aus den Strafrechtslehrbüchern, wo es nicht schon geschehen ist, gänzlich zu verbannen, und anstatt dessen nur vom strafrechtlichen „Vorsatz“ zu reden

dahin, die individuelle Verantwortlichkeit zu steigern: wir werden weiter unten sehen, inwiefern.

Zwei grosse Epochen lassen sich bis jetzt unterscheiden in der Geschichte der civilen und kriminellen Haftung: Denn es sind dieselben Strömungen, welche civile und kriminelle Haftung beeinflussen. Ursprünglich herrschte das Eventus-Princip[4]). Indem man den Wert oder Unwert einer Handlung aus ihren Folgen ableitete[5]), sich an ihr Woher nicht kehrte, strafte man auch, wenn die That auf den Willen des Thäters nicht zurückführbar war, auch wenn „Handlung" nicht vorlag. Desgleichen in Betreff des civilen Schadensersatzes bestand Haftung für das „Ungefährwerk." Jedweden Schaden, dessen wenn auch unschuldige Veranlassung man geworden war, war man gehalten, zu ersetzen.[6])

Auf die Periode des Eventusprincipes „die Stufe des im Affekt befangenen Rechtsgefühls", so nennt sie Ihering[7]), folgt das Regime des Culpaprincipes: Nicht mehr nach seiner Wirkung, sondern nach seiner Ursache wird das Unrecht gewürdigt in dieser Epoche, welche im Gegensatz zur voraufgegangenen die Herkunft der Handlung über ihren Wert entscheiden lässt. Die Verinnerlichung der individuellen Haftpflicht bedeutet es, wenn nunmehr der Schuldbegriff der allgemeine Haftungsmassstab würde.

So gross die Errungenschaft solcher Losreissung von der natürlich-sinnlichen Anschauungsweise, der Verbannung der Kasualhaftung auch war, in seinen letzten Konsequenzen führte das Kulpaprincip zur Verkennung des wahren Charakters wie des Schadensersatzes so der Strafe, indem es das Willenselement allzusehr in den Vordergrund schob, die Gesinnung zum A und O aller Zurechnung machte[8]).

---

[4]) Es galt im germanischen Recht ebensogut wie im ältesten römischen Recht (Rein, Kriminalrecht der Römer S. 146) für die kriminelle als auch die civile Haftung.

[5]) Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse S. 54 (4 A.) tauft diese Periode die „vormoralische".

[6]) Nach dem Sachsensp. II. Art. 14 hatte, wer einen andern in Notwehr erschlug, das Wergeld des Erschlagenen zu zahlen: So weit ging die Auffassung des einen Schaden verursachenden als eines „willenlosen Werkzeuges in der unsichtbar lenkenden Hand des Geschickes" (Wilda l. c. S. 552).

[7]) Schuldmoment im röm. Privatrecht S. 9.

[8]) Manche rechtliche Institute sind anfänglich nur auf die subjektive Gesinnung zugeschnitten; erst allmählich gewinnen sie auch eine objektive Grundlage: Die

Das Wesen des Schadenersatzes besteht in der ausgleichenden Gerechtigkeit; mit der Strafe kann er im Hinblick auf seine grundverschiedene Funktion nicht zusammen auf dieselbe Basis gestellt werden. Eine „romanistisch-individualistische Verirrung, eine Verkennung der socialen Aufgabe des Privatrechts" sieht Gierke[9]) darin, wenn die gesamte Ordnung des Schadenersatzrechtes auf den Deliktsbegriff gebaut werden soll. Gegenüber dem der Natur des Schadensersatzes nicht gerecht werdenden Kulpaprincip erhebt sich in geläuterter Gestalt[10]) das germanische Princip ausgedehnter Haftpflicht mit dem Grundsatz, dass wer die Vorteile aus einem die Mitmenschen gefährdenden Eigentum geniesst, auch das entsprechende Risiko zu tragen hat,[11]) kurz der Gedanke einer wirtschaftlichen Verantwortlichkeit.[12]) Es vollzieht sich eine Wiederbelebung überwunden geglaubter Principien: „Was unterlegen schien, erhebt sich in freierer, reiferer, vollerer Gestalt zu Macht und Sieg. (Gierke l. c. S. 14.)

Dem Strafrechte hat das Kulpaprincip dauernden Gewinn gebracht in dem Satze, dass objektives Unrecht kriminell nicht in Betracht kommt[13]). Das Kulpaprincip hat den Gedanken „ohne Willensschuld

---

exceptio doli war anfänglich nur zulässig bei einer wissentlich der bona fides zuwiderhandelnden Klage; später greift sie auch ein „si ipsa res in se dolum habet" (l. 36 de verb. Oblig. 45, 1). Neben das aus subjektiver Grundlage erwachsene Anfechtungsrecht der Gläubiger tritt im modernen Recht eine auf objektiven Grunde beruhende Anfechtung, neben die „paulianische" die „kondikticische". Erst in jüngeren Stadien der Entwicklung richtet sich die deutsche „Urteilsschelte" nicht nur gegen wissentliche Rechtsbeugung, auch gegen objektive Unrichtigkeit des Urteils.

[9]) Die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 32.

[10]) Nämlich als das von R. Merkel in seiner Schrift „die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen" aufgestellte, insonderheit auch für den „Notstand im Privatrecht" wichtige „Prinzip des aktiven Interesses".

[11]) Vergl. Brunner, deutsche Rechtsgeschichte B II S. 550, den letzten Absatz des § 125, wo darauf hingewiesen wird, dass die ausgedehnte Haftung für Ungefähr im germanischen Recht wirtschaftliche Aufgaben erfüllte, welchen erst unsere jüngste Reichsgesetzgebung gerecht zu werden vermochte.

[12]) Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, S. 121, spricht vom „objektiv-wirtschaftlichen Kausal-Zusammenhang".

[13]) Desungeachtet finden sich auch im geltenden Recht Fälle, wo lediglich das Vorliegen des objektiven Thatbestandes strafbegründend ist. Solche Beispiele zählt auf v. Liszt l. c. § 35, Anm. 4. Auch unser R.Str.G.B. begnügt sich oft mit blosser Kausalität, wenn durch eine an sich schuldhafte Handlung ein unverschuldeter schwerer Erfolg herbeigeführt wird. Des Näheren vergl. Rupp, Modernes Recht und Verschuldung.

(Verantwortlichkeit) keine Strafe" für immer zum Kernpunkt des gesamten Strafrechts gemacht. Auf der andern Seite aber ist das Kulpaprinzip über das Ziel hinausgeschossen: Auf Grund einer Überschätzung der Bedeutung des Willens führte es schliesslich zur Proklamierung der Souveränität subjektiver Einsicht im Herrschaftsgebiete der Objektivität.

Seine Berichtigung erfährt das für die strafrechtliche Zurechnung im wesentlichen, d. h. als Verantwortlichkeitsprinzip bestehen bleibende Kulpaprinzip wiederum durch ein Anknüpfen an die dem Individualwillen jegliche Erheblichkeit absprechende erste Periode. Eine Läuterung des Schuldbegriffes ist das Resultat solchen Zurückgehens ad cunabula iuris, welches die Augen darüber öffnet, dass die kanonische Auffassung des Verbrechens als einer „Sünde", eine Auffassung, die das Bewusstsein von der kriminellen oder moralischen Qualifikation der Handlung in den Begriff des Vorsatzes hineingetragen hat, dem eigentlichen Wesen des Strafrechts fernliegt, welches die Selbstbehauptung des sozialen Organismus ist.

Der Mundraub

nach § 370^5 St. G. B.

Von

Arthur Schlosky,

Doctor der Rechte.

BRESLAU 1897.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Litteratur.

A. Einzelschriften.

1. **Berger**: Mundraub; Hannover 1895.
2. **Friedländer**: Mundraub; Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. XI. S. 369.
3. **Fuld**: Zur Lehre vom Genussdiebstahl; Archiv für praktische Rechtswissenschaft. 3. Folge. 3. Band. S. 70 und 169.
4. **Gerland**: Mundraub: Deutsche Wochenschrift von Arendt. Bd. IV. S. 368.
5. **Geyer**: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. III.

B. Commentare.

6. **Frank**: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; Leipzig 1897.
7. **Olshausen**: Commentar zum Strafgesetzbuch. 4. Aufl. Berlin 1892.
8. **Oppenhoff**: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. Ausg. Berlin 1876.
9. **Oppenhoff**: Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten; Berlin 1859.
10. **Schwarze**: Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. Leipzig 1873.
11. **Stenglein**: Strafgesetzbuch, mit Commentar von Rüdorff. 4. Aufl. Berlin 1892.
12. **Solms**: Strafrecht und Strafprozess für Heer und Marine. 2. Aufl. Berlin 1883.
13. **Thilo**: Strafgesetzbuch für das Grossherzogtum Baden; Karlsruhe 1845.

C. Lehr- und Handbücher.

14. **Berner**: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts 14. Aufl. Leipzig 1886.
15. **Binding**: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts; Leipzig 1896.
16. **Hälschner**: Das gemeine Strafrecht; Bonn 1881.
17. **Hälschner**: System des preussischen Strafrechts; Bonn 1868.
18. **Kah**: Die Polizeivergehen des Deutschen Strafgesetzbuchs.
19. **v. Liszt**: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 6. Aufl. Berlin 1894.
20. **Meyer**: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 4. Aufl. Erlangen 1888.
21. **Meves**: Strafgesetznovelle für das Deutsche Reich.

D. Anderweitige Schriften.

22. **Binding**: Normen. 1. Aufl.
23. **Doerr**: Über das Object bei den strafbaren Angriffen. Strafrechtliche Abhandlungen. Breslau 1897.
24. **Köstlin**: Abhandlungen aus dem Strafrecht; Tübingen 1858.
25. **v. Stengel**: Wörterbuch des Verwaltungsrechts.

E. Rechtsprechung.

26. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
27. Entscheidungen des Kgl. Oberlandesgerichts München.
28. Annalen des Kgl. Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.
29. Entscheidungen des Kammergerichts; v. Johow.
30. Goltdammers Archiv für das preussische Strafrecht.
31. Rechtsprechung des Kgl. Obertribunals in Strafsachen; Oppenhoff.

F. Ausserdeutsche Gesetzgebung.

32. Code pénal, Seconde Edition; Leipzig 1811.
33. Strafgesetzbuch für das Grossherzogtum Finnland; Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. XI.
34. Russisches Strafgesetzbuch; übersetzt in Sr. Maj. Eigener Canzellei; Petersburg 1866.
35. (Österreichisches) Strafgesetz; Wien 1884.
36. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch; Beilage zu Bd. 6 der Mitteilungen der Intern. Krimin. Vereinigung.

G. Materialien zum preuss. und Reichsstrafgesetzbuch.

37. Zusammenstellung der Strafgesetze auswärtiger Staaten nach der Ordnung des revidierten Entwurfs. IV. Berlin 1841.
38. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten nach den Beschlüssen des Kgl. Staatsrates; Berlin 1843.
39. Zusammenstellung der drei Entwürfe des preussischen St. G. B. von Staatsminister von Kamptz; Berlin 1844.
40. Revidierter Entwurf des St. G. B. für die preussischen Staaten, vorgelegt vom Ministerium der Gesetz-Revision; Berlin 1845.
41. Verhandlungen der Commission des Staatsrates über den revidierten Entwurf Berlin 1846.
42. Entwurf des St. G. B. für die preussischen Staaten; Berlin 1847.
43. Verhandlungen der 1. u. 2. Kammer über die Entwürfe des St. G. B.; Berlin 1851.
44. Materialien zum St. G. B. für die preussischen Staaten. Goltdammer; Berlin 1852.
45. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes. Berlin 1870. 3 Bände.

Grundriss.

I. Grund für die Privilegierung des Mundraubes.

II. Die juristische Natur des Mundraubes.

III. Gegenstand des Mundraubes.

a) Nahrungsmittel.
b) Genussmittel.
c) Wert und Menge.
— Fortgesetzte Verübung. —
d) Entwendung von Nahrungsmitteln in Gefässen, Umhüllungen etc.
e) Entwendung von Gartenfrüchten etc. in Preussen.

IV. Der Thäter des Mundraubes.

a) Im Allgemeinen.
b) Straflose Fälle des Mundraubes.
c) Mitthäter.
d) Eine Militärperson, ein Beamter als Thäter.

V. Vorsatz und Absicht beim Mundraub.

a) Im Allgemeinen.
b) Absicht des Verbrauchs durch Andere.
— Bestrafung des Mitgenusses, Hehlerei. —
c) Fahrlässiger Mundraub; Irrtum.

VI. Art und Weise der Begehung des Mundraubes.

a) Der alsbaldige Verbrauch.
b) Verübung durch Einbruch etc.
c) Concurrenz des Mundraubes und des Einbruchsdiebstahls.
d) Verübung durch Raub, Betrug, Nötigung.
e) Anwendbarkeit der Strafschärfungsgründe der §§ 244, 246[a].

VII. Der Antrag.

Der Antragsberechtigte.

VIII. Schlussfolgerungen.

I. Grund für die Privilegierung des Mundraubes.

Im § 370⁵ des Reichsstrafgesetzbuchs ist eine Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder Haft angedroht für den Fall, dass Jemand Nahrungs- oder Genussmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauch entwendet.

Es ist hierdurch aus den rechtswidrigen Angriffen gegen das fremde Vermögen ein bestimmt abgegrenzter und nach verschiedenen Richtungen specialisierter Kreis von Delicten ausgesondert.

Die Specialisierung giebt uns Aufschluss über den Grund der besonderen Behandlung.

Ist zunächst das angegriffene Rechtsgut in weitaus den meisten Fällen ein geringfügiges und geringwertiges [1]), so erscheint fernerhin das Motiv zur That als entschuldbar.

Menschliche Triebe, wie Hunger und Durst, verlangen gebieterisch ihre Befriedigung; Naschhaftigkeit und Lüsternheit — vielleicht erregt durch den Anblick einer schönen Frucht, eines beliebten Getränkes — sind menschliche verzeihliche Schwächen.

Eine auf gesetzwidrigem Wege vorgenommene Befriedigung dieser Begierden ist natürlich strafbar, sicher aber entschuldbar. Der moralische Defect des Thäters liegt meist nicht in seiner schlechten Gesinnung, sondern in der passiven Charakterseite: in einer allzugrossen Nachgiebigkeit gegen sich selbst oder — wie wir sehen werden — eventuell auch gegen Andere.

Das Gesetz nimmt bei der Privilegierung des Mundraubes auf das Motiv zur That eine weitgehende Rücksicht.

---

[1]) Ebenso Doerr S. 164.

II. Die juristische Natur des Mundraubes.

Die Art der Begehung des Mundraubes tritt meiner Ansicht nach diesen Privilegierungsgründen gegenüber in den Hintergrund. Sie wird im Gesetz mit dem Worte Entwendung bezeichnet, mit einem Ausdruck, der nur an dieser einzigen Stelle im Strafgesetzbuche vorkommt. Viele Schriftsteller nehmen an, Entwendung sei völlig gleichbedeutend mit Diebstahl; sie meinen, dass es sich um einen willkürlichen Wechsel in der Redeform handele, der eines inneren Grundes entbehre.

So sagt Meves [1]): „Der Paragraph bezeichnet die Handlung durch das Wort entwenden, welches gleichbedeutend ist mit dem Ausdruck stehlen". Berner [2]) hält Entwendung „für einen milderen Namen für Diebstahl" und ganz ähnlich äussert sich Fuld [3]): „Wegnehmen und Entwenden ist eigentlich ganz dasselbe, man gebraucht nur die erste Bezeichnung bei wertvollen und grösseren Quantitäten, und die letzte bei kleinen unbedeutenden Mengen".

Der Ansicht von Meves, Berner, Fuld etc. folgt die heutige Rechtsprechung. Das Reichsgericht hat seine Meinung in einer ganzen Reihe von Entscheidungen ausgesprochen.

Hiervon seien nur einige hervorgehoben [4]):

„Dem Wesen nach erfordert § 370 [5] alle Begriffsmerkmale des Vergehens aus § 242, ist Diebstahl, und zur Unterscheidung von dem gewöhnlichen Diebstahl nur anders, und zwar Entwendung genannt".

„Auch [5]) der sogenannte Mundraub erfordert den vollständigen Thatbestand des gemeinen Diebstahls in objectiver und subjectiver Beziehung" [6]).

Das Oberlandesgericht zu München [7]) äussert sich dahin, dass das Gesetz den Mundraub als einen minderen Fall des Diebstahls behandele.

---

[1]) Meves S. 24, ebenso Frank S. 458.
[2]) Berner S. 507, ebenso Stenglein St. G. B. 797, Berger S. 75, Doerr S. 160.
[3]) Fuld S. 71.
[4]) R. G. Entsch. VI. 327.
[5]) R. G. Entsch. V. 405.
[6]) Ebenso R. G. Entsch. XIV. 312 u. Opph. Rechtspr. 4. 46.
[7]) Entsch. des Kgl. O. L. G. München. VII. 101.

Das Oberlandesgericht zu Dresden[1]) sagt: „Der sogenannte Mundraub — — — setzt den vollständigen Thatbestand eines Diebstahls, mit welchem die dort aufgeführte Entwendung für gleichbedeutend zu gelten hat, voraus".

Auch Oppenhoff[2]) fasst den Mundraub als Diebstahl und sagt: „Somit findet § 370[5] auf Unterschlagung keine Anwendung". Zu demselben Resultat gelangt auch das Obertribunal[3]) am 15. März 1872 und auch das Reichsgericht[4]): „Es kann nicht anerkannt werden, dass der Grund, welcher zu einer Privilegierung des Diebstahls in den Fällen des § 370[5] geführt hat, in gleichem Masse auch für die entsprechenden Fälle der Unterschlagung Platz greife"[5]).

Gegen die Ansicht unserer höchsten Gerichtshöfe sprechen mehrere gewichtige Gründe, welche uns davon überzeugen, dass der Mundraub nicht ein privilegierter Fall des Diebstahls ist, sondern vielmehr ein selbständiges, ein Sonderdelict, das nur den Thatbestand des Diebstahls, ebenso wie den anderer Delicte in sich schliessen kann.

Hierauf weist zunächst der Wortlaut des Gesetzes hin. In § 370 Abs. 2 ist vom Wegnehmen von Steinen etc. die Rede, im Abs. 6 wird das Wegnehmen von Futter erwähnt und in dem dazwischen liegenden Abs. 5 wird die Handlung 2 Mal als „Entwendung" bezeichnet. Schon hieraus kann man schliessen, dass mit der anderen Wortform ein anderer Sinn verbunden ist.

Der § 370[5] des Reichsstrafgesetzbuchs ist aus dem § 349[3] des Preussischen Strafgesetzbuchs hervorgegangen und dieses schliesst sich eng an den Code pénal an.

Der § 471[9] des Code pénal lautet:

„Seront punis d'amende, depuis un franc jusqu'à cinq francs inclusivement: ceux qui, sans autre circonstance

---

[1]) Annalen des Kgl. Sächs. O. L. G. zu Dresden. VI. 502.

[2]) Opp. 750.

[3]) Goltd. Arch. 20. 207.

[4]) R. G. Entsch. XXIV. 40, ebenso Stenglein St. G. B. 798, dagegen Olsh. 1363, Frank 459.

[5]) Ebenso Rechtspr. d. Kgl. Obertrib. Opph. 13. 209, anderer Ansicht inconsequent Berger S. 80, obwohl er den Mundraub für einen Diebstahl hält, mit der Begründung, dass Diebstahl und Unterschlagung auf demselben Strafrechtsboden stehen.

prévue dans les lois, auront cueillé on mangé, sur le lieu même, des fruits appartenant à autrui".

In dieser Vorschrift sind nicht die Thatbestandsmerkmale des Diebstahls enthalten. Es ist nur die Thatsache des Abpflückens oder Verzehrens als strafbar hingestellt, und es ist gar nicht die Rede davon, dass die Handlung die Thatbestandsmerkmale eines Diebstahls in sich schliessen müsse; nur sind die im Gesetz vorgesehenen erschwerenden Umstände von der milden Beurtheilung ausgeschlossen.

In dem Ministerialentwurf zu einem Gesetzbuch für die Preussischen Staaten [1]) vom Jahre 1836 lautet der § 543: „Die widerrechtliche Wegnahme fremder Esswaaren, Früchte oder Getränke zum sofortigen eigenen Genuss wird, wenn keiner der im § 552 erwähnten Erschwerungsgründe vorhanden ist, nicht als Diebstahl, sondern nur als Beschädigung aus Muthwillen bestraft".

Der Gesichtspunkt der Sachbeschädigung wurde von der Immed.-Commission [2]) fallen gelassen, und es bekam der § 429 folgende Fassung: „Die Entwendung oder Unterschlagung von Esswaaren, Getränken, Garten- oder Feldfrüchten zum eigenen Genuss oder Verbrauch auf der Stelle oder zum eigenen gegenwärtigen Bedarf soll, insofern sie nicht von den im § 424 [3] erwähnten Personen unter den daselbst erwähnten Verhältnissen begangen worden, mit — — bestraft werden.

Nach den Berathungen im Staatsrath [3]) wurden die Worte „zum eigenen gegenwärtigen Bedarf" gestrichen und dafür ein allgemeinerer § 433 hinzugefügt: „Dieselbe Strafe soll eintreten, wenn bei geringfügigen Gegenständen aus den Umständen erhellt, dass die Handlung nicht in der Absicht geschehen ist, sich unredlicher Weise Gewinn zu verschaffen". Der Entwurf vom Jahre 1845 [4]) strich nun auch das Wort „Verbrauch", „weil jener Teil der Vorschrift auf den Thatbestand der eigentlichen Lüsternheit, also des eigenen Genusses zurückzuführen sei". Der § 433 des Entwurfs von 1843 wurde 1845 in veränderter Fassung beibehalten. In beiden Paragraphen ist von entwenden oder unterschlagen die Rede.

---

[1]) Zusammenstell. der 3 Entw. des pr. St. G. B. v. Kamptz, Berlin 1844.

[2]) Komm. Entw. 1843.

[3]) Entw. d. St. G. B. für die pr. Staaten nach dem Beschluss des Kgl. Staatsrathes, Berlin 1843.

[4]) Rev. Entw. des St. G. B. für die pr. Staaten, vorgelegt vom Ministerium der Gesetz-Revision, Berlin 1845.

In den Verhandlungen der Kommission des Staatsrathes über den revidierten Entwurf 1846[1]) wurde zu den §§ 263, 264 beschlossen, dass beide Bestimmungen in der Art vereinigt werden sollen, dass die Vorschrift des § 263 nur als eine Anwendung des allgemeinen Prinzipes erscheint. Der Paragraph wurde nun folgendermassen formuliert: „Wenn bei der Entwendung oder Unterschlagung von geringfügigen Gegenständen z. B. von Esswaren . . . . aus den Umständen erhellt, dass die Handlung nicht in der Absicht eines unredlichen Gewinns geschehen ist, so . . . .“

Man sieht, dass die Commission nun den Hauptnachdruck auf den 2. Teil der Vorschrift legt und die Nahrungsmittel nur noch beispielsweise erwähnt.

Ganz ebenso, wie der eben angeführte, lautet der § 279 des Entwurfs vom Jahre 1847. Im St. G. B. von 1851 heisst es nun aber plötzlich „wer entwendet und auf der Stelle verzehrt“ und endgültig lautet der § 349[3] des pr. St. G. B.: „Wer Früchte, Esswaaren oder Getränke von unbedeutendem Wert oder in geringer Quantität entwendet, selbst wenn die Entwendung vermittels Einbruchs oder Einsteigens in ein unbewohntes Gebäude erfolgt“.

Nach dieser Fassung ist plötzlich das Wort Unterschlagung aus dem Paragraphen verschwunden, ohne dass in den Motiven hierüber irgend eine Auskunft gegeben wäre. Bei sonstigen Aenderungen ist stets auf den Grund derselben genau eingegangen. Man kann kaum annehmen, dass die Redactoren des Gesetzes die Unterschlagung aus dem Begriff des Mundraubes ausmerzen wollten, ohne ein Wort über diese höchst wichtige Aenderung zu verlieren.

Oder sollten sie zu der Einsicht gelangt sein, dass Entwendung ja schon die Fälle der Unterschlagung in sich begreift?

Es soll garnicht geleugnet werden, dass in den Gesetzen aus dem Anfange des Jahrhunderts häufig von Entwendung die Rede ist, wo Diebstahl gemeint ist. Dies widerlegt aber noch gar nicht die hier vertretene Ansicht; denn man kann sehr wohl den weiteren Begriff für den engeren gebrauchen. Ebenso wie man für Diebstahl: Delict oder Vergehen sagen kann, so kann man auch von Entwendung sprechen.

Es soll weiter zugegeben werden, dass Entwendung und Dieb-

---

[1]) a. a. O. Seite 152.

stahl manchmal völlig gleichbedeutend gebraucht werden; ebensooft aber, wie wir sehen werden, ist Entwendung dem Diebstahl übergeordnet. Aber mag auch die That bald so bald so genannt werden, der Zweck des Gesetzes bleibt stets derselbe. Stets wird auf Hunger oder Durst Rücksicht genommen und stets ist der Gegenstand der That Esswaaren, Getränke und Früchte.

Der Entwurf des Bayer'schen Strafgesetzbuchs [1]) vom Jahre 1822 Th. 2. 335 spricht von „Entwendungen, Unterschlagungen und Betrügereien, welche vom Hausgesinde an Ess- und Trinkwaaren aus blosser Lüsternheit begangen werden". — In dem Entwurf von Hannover vom Jahre 1825 [2]) ist „die Entwendung von Ess- und Trinkwaaren" erwähnt, „insofern sie zur Befriedigung des Hungers oder einer augenblicklichen Lüsternheit geschah".

Im St. G. B. für das Königreich Württemberg von 1839 § 340 ist die Rede von „Entwendungen, welche an Ess- und Trinkwaaren zum unmittelbaren Genusse begangen worden -- — —"

Das St. G. B. für das G. H. Baden [3]) 1845 spricht im § 397 von „Entwendung von Esswaaren oder Getränken -- — zum unmittelbaren Genuss".

Im Art. 295 [2] des 2. Entwurfs eines St. G. B. für das G. H. Hessen 1837 heisst es:

„Entwendungen, welche nach den Vorschriften der Forst-, Jagd-, Fischerei- und Feldrügestrafordnung bestraft werden, sind nicht als Diebstähle zu betrachten". Hier sind also Entwendungen erwähnt, die nicht als Diebstähle betrachtet werden und die auch zum Teil gar keine sind.

Im österr. St. G. B. § 306 heisst es:

„Entwendungen, die an Grabstätten etc. in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommen werden, sind als Diebstähle zu behandeln".

Vergleichsweise sei der § 1626 des russischen Gesetzbuchs von 1866, übersetzt in Sr. Kais. Majest. eigener Kanzlei [4]), herangezogen: „Die Entwendung fremden Eigentums" heisst es dort, „gilt je nach den Begehungsarten dieses Verbrechens und den dasselbe begleitenden

---

[1]) Zusammenstell. der St. G. auswärtiger Staaten. IV. Berlin 1841. S. 12.

[2]) a. a. O. Seite 14.

[3]) Thilo.

[4]) St. Petersburg 1866.

Umständen als gewaltthätiger Raub, einfacher Raub, Diebstahl oder als betrügerische Entwendung". Das St. G. B. für das Gross-Herzt. Finland[1]) von 1889 spricht in Cap. 28 von Diebstahl und Mauserei, Cap. 29 von Unterschlagung und Cap. 30 von Entwendungen von gemeinschaftlichem Gut.

Der Art. 221 des Entw. des Schweizerischen St. G. B. lautet: „Wer eine Sache von geringem Werte, die einem anderen gehört, aus Not oder Mutwillen oder zur Befriedigung eines Gelüstes entwendet, wird mit Busse bis 100 Franken oder mit Haft bis zu 14 Tagen bestraft".

Eine Entwendung aus Mutwillen kann doch niemals mit einer diebischen Absicht in Einklang gebracht werden.

Binding[2]) weist auf die Apostelgeschichte 5. 2 hin, wo Ananias etwas von dem Gelde entwendet, das er von dem Verkauf seines eigenen Ackers erlöst hat.

Fassen wir nun das Gesagte zusammen, so sehen wir, dass Entwendung manchmal als ein dem Diebstahl übergeordneter Begriff, manchmal gleichbedeutend mit Diebstahl gebraucht wird; wir sehen, dass als Handlung, durch die der Mundraub begangen wird, bald Entwendung, bald Entwendung oder Unterschlagung, einmal auch Betrug erscheint, dass in den pr. Entwürfen Entwendung oder Unterschlagung nebeneinander genannt sind, bis plötzlich die Unterschlagung sang- und klanglos verschwindet. Wir sehen, dass die Art der Begehung hinter dem Gegenstande und hinter dem Motiv zur That zurücktritt. Noch sei bemerkt, dass sämmtliche Gesetzbücher, welche zum Diebstahl eine gewinnsüchtige Absicht verlangen, diese Absicht beim Mundraube ausschliessen.

Bei den Vorarbeiten zu unserem Reichsstrafgesetzbuch, welches zum Diebstahl keine gewinnsüchtige Absicht verlangt, tauchte die Frage über die Bestrafung von Entwendungen an ganz geringfügigen Objecten wieder auf. Es wurde von der Commission vorgeschlagen, den § 366[3] (der den Mundraub behandelte) auszudehnen auf „Feuerungsmaterial oder Sachen, die nur einen ganz geringen und die gar keinen Wert haben". Da jedoch das Mindestmass der Bestrafung des Dieb-

---

[1]) Zeitschr. für die gesamte St. R. W. Bd. 11 abgedr.
[2]) Lehrb. d. gem. d. Strafr. bes. Theil. 1896. S. 166.

stahls auf 1 Tag Gefängnis herabgesetzt wurde, schwand das Interesse an diesem Zusatze.

Das St. G. B. steht völlig auf dem Standpunkte, dass Hunger und Durst etc. entschuldbare Motive sind und hat deshalb den Thatbestand des Mundraubes möglichst weit fassen wollen.

Die Motive erwähnen [1]: „Hervorzuheben ist, dass es in § 366 [5] angemessen erschien, die Bestimmung auf Nahrungs- oder Genussmittel auszudehnen, da die Beschränkung auf Früchte, Esswaaren und Getränke Fälle ausschliesst, in denen dieselbe milde Beurteilung geboten erscheint, sowie auch den Fall mit aufzunehmen, in welchem derartige Gegenstände nur in geringer Menge entwendet worden sind, zumal es wohl vorkommen kann, dass der Thäter sich über den Wert derselben irrt und ihn keineswegs für so bedeutend hält, als es wirklich der Fall ist“.

Es sollen also nach der Absicht des Gesetzes keine Fälle ausgeschlossen werden, in denen dieselbe milde Beurteilung geboten erscheint. Ich glaube nicht, dass es nach dem klaren Wortlaut der Motive im Sinne des Gesetzes liegt, Entwendung so eng zu fassen, wie es das Reichsgericht thut und Delicte davon auszuschliessen, bei denen eine noch weit mildere Beurteilung geboten erscheint.

Man überlege sich doch die Consequenzen, zu denen die gegenteilige Ansicht führen muss.

Nehmen wir z. B. den Fall an, dass Jemand eine Cigarrentasche mit Inhalt findet und eine Cigarre raucht, weil er gerade Lust zum Rauchen verspürt, dass er aber sodann die Tasche als gefunden abliefert. Er müsste wegen Funddiebstahls, also wegen Unterschlagung bestraft werden, ohne dass der Antrag des Geschädigten abgewartet wird. Denn rechtswidrig ist und bleibt die That jedenfalls.

Es wäre Unterschlagung, wenn Jemand auf der Strasse einen vom Wagen gefallenen Apfel fände und verzehrte, und wäre nur Mundraub, wenn er einen Schrank mit Nachschlüssel [2]) öffnete, um einen Apfel zu entwenden.

Ganz besonders merkwürdig würde aber folgender Fall liegen. Wenn der Mieter eines möblierten Zimmers eine mitvermietete Sache entwendet, so fassen manche, z. B. das R. G. [3]) die That als Unter-

[1]) Aktenst. des R. T. d. Nord. D. Bd. Bd. III. 1870. Seite 86.

[2]) Vgl. S. 35 ff.

[3]) R. G. Entsch. III. 358. V. 43.

schlagung, andere z. B. Liszt[1]) fassen sie als Diebstahl auf. Nehmen wir nun an, dass Gegenstand der That ein Genussmittel ist (etwa eine Nippfigur aus Zucker, die auf dem Schreibtisch steht) und dass kein Strafantrag gestellt ist, so müsste in diesem Falle die milde Ansicht — die Unterschlagung annimmt — bestrafen, die strenge Ansicht, die die That für Diebstahl hält, müsste zur Freisprechung gelangen!

Die Unterschlagung ist ein leichteres Delict als der Diebstahl, und sie wird ja auch milder bestraft. Welchen Grund sollte nun das Gesetz haben, ein „Aneignen“ von Nahrungsmitteln zum alsbaldigen Verbrauch, die man in seinem Gewahrsam hat, bedeutend strenger zu bestrafen, als den Fall, dass man noch dazu einen fremden Gewahrsam verletzt?

Man wende nicht hiergegen ein, bei der Unterschlagung sei ja schon an und für sich eine ebenso milde Strafe möglich wie beim Mundraub. Denn die Unterschlagung wird ex officio, der Mundraub nur auf Antrag bestraft. Versuch, Beihilfe ist hier strafbar, dort straflos.

Ein leichteres Delict als der Diebstahl ist auch die sogenannte Besitzentziehung nach § 289 St. G. B. Wenn z. B. der A. Wein an den B. verpfändet hat, und nimmt eine Flasche davon dem B. wieder weg, um sie alsbald auszutrinken, so kann das kein Diebstahl, also auch kein privilegierter Diebstahl sein, und der Delinquent würde nach § 289 und nicht, wie es doch einzig billig erscheint, nach § 370^5 bestraft.

Weiter heisst es in den Motiven[2]): „Noch ist zu erwähnen, dass diese Entwendungen, selbst wenn sie unter erschwerenden Umständen begangen sind, nur nach den Vorschriften dieses Paragraphen zu beurteilen sind“. Auch hier kommt wieder die milde Auffassung von dem Delict zum Durchbruch. Während viele andere Gesetze gerade derartige erschwerende Umstände ausnehmen, will das St. G. B. auch sie entschuldigen.

Wenn der Mundraub ein Diebstahl wäre, dann müssten nach der Fassung des St. G. B. die erschwerenden Umstände des § 243

---

[1]) Liszt 1894. § 95.

[2]) Aktenst. z. R. T. d. N. D. Bd. Bd. III. 1870. Seite 86.

auf ihn Anwendung finden. Das hat das Pr. St. G. B. erkannt und daher zum Mundraub hinzugefügt: „selbst wenn die Entwendung etc.“

Der Zusatz, den das Pr. St. G. B. dem Paragraphen gegeben hat, wäre also dringend notwendig, um bei „diesem Diebstahl“ die mildere Bestrafung zu ermöglichen. Das Gesetz will aber die mildere Strafe eintreten lassen und fügt absichtlich den Zusatz nicht hinzu. Daraus geht doch ganz deutlich hervor, dass das Gesetz den Zusatz für überflüssig hält und dass es demnach den Mundraub nicht für einen Diebstahl, sondern vielmehr für ein Sonderdelict ansieht.

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts spricht ferner der Abs. 2 des § 370[5]: „Eine Entwendung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos“.

Der § 247 Abs. 2 heisst: „Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos“. Wenn nun der Mundraub ein Diebstahl ist, wozu soll da der Abs. 2 des § 370[5] dienen, die Straflosigkeit des Mundraubs unter Ehegatten etc. wäre ja dann schon durch § 247[2] begründet und der Abs. 2 des § 370[5] wäre absolut überflüssig.

Die Stellung des Mundraubs im St. G. B. beweist meines Erachtens ebensowenig, dass der Mundraub ein Sonderdelict ist, noch auch, dass er ein Diebstahl ist. Friedländer[1]) betont, dass sich der Mundraub unter den Übertretungen und nicht, wie man von gegnerischem Standpunkte aus erwarten sollte, in dem „Diebstahl und Unterschlagung“ überschriebenen 19. Abschnitt“ finde.

Meiner Ansicht nach beweist die Stellung einer Übertretung unter anderen Übertretungen absolut gar nichts. Kurz vor dem Mundraub in Abs. 2 steht ein Diebstahl, kurz nachher No. 6 eine Entwendung, die offenbar kein Diebstahl ist[2]).

Auch ein Eingehen auf die Wortbedeutung stützt nicht etwa die Ansicht des Reichsgerichts. Wenn man vom „Wegnehmen“

---

[1]) S. 399.

[2]) Binding, Lehrb. 1896 Seite 173, Liszt, 6. Aufl. S. 409; gleicher Ansicht Doerr § 170, aber mit der Begründung, dass beim Futterdiebstahl die Absicht nicht auf eine mit der Vermögensbeschädigung korrespondierende Vermögensbereicherung gerichtet ist.

spricht, so denkt man schon begrifflich an einen Gewahrsam, der verletzt wird; bei „Sich aneignen“ hat man die Vorstellung, dass ein fremdes Eigentum das angegriffene Rechtsgut ist. Keins von beiden ist der Fall, wenn man vom Entwenden redet. Man denkt weder speciell an die Verletzung eines fremden Gewahrsams, noch speciell an die Verletzung eines fremden Eigentumsrechtes, sondern denkt nur an irgend eine widerrechtliche Entziehung [1]).

Daher ist der Begriff der Entwendung ein viel weiterer und umfassenderer als Diebstahl, Unterschlagung und Besitzentziehung (§ 289). Denn die Unterschlagung richtet sich stets nur gegen das fremde Eigentum, da man ja den Gewahrsam schon an der Sache hat; der Diebstahl richtet sich stets gegen beides. Durch seine Handlung verletzt der Thäter den fremden Gewahrsam und durch seine Absicht das fremde Eigentum. Dagegen liegt in der Besitzentziehung nach § 289 St. G. B. nur die Verletzung eines fremden Gewahrsams. Alle diese Handlungen sind Entwendungen; Entwendung ist der allgemeinere Begriff und nähert sich in dieser Beziehung dem Furtum des römischen Rechts, das ja eine ganze Reihe deutschrechtlicher Entwendungen in sich vereinigt.

III. Gegenstand des Mundraubes.

Aus der Gesammtheit der Rechtsgüter, gegen die sich überhaupt eine Entwendung richten kann, ist als specieller Gegenstand des Mundraubes ein kleiner Kreis ausgesondert. Es kommen nur in Betracht:

Nahrungs- oder Genussmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge.

a) Nahrungsmittel.

Nahrungsmittel sind Gegenstände, welche geeignet sind, durch ihre Aufnahme in den Körper dem Körper die Stoffe zuzuführen, die er zu seiner Erhaltung bedarf. Sie müssen demnach hauptsächlich aus solchen Stoffen bestehen, aus denen der Körper selbst zusammen-

[1]) Entwenden gleich abwendig machen. Vergl. 10. Gebot; anders Doerr S. 161 Anm. 8.

gesetzt ist. Menschen, Tiere und Pflanzen bedürfen zu ihrer Existenz in gleicher Weise der Ernährung, aber das Gesetz versteht unter Nahrungsmitteln offenbar nur die zur Ernährung für Menschen geeigneten Gegenstände. Dies kann man schon aus der Zusammenstellung mit „Genussmitteln" schliessen, denn von Genussmitteln für Tiere kann man wohl kaum sprechen; auch der Ausdruck Mundraub deutet darauf hin.

Diese Ansicht ist auch von der Rechtsprechung angenommen. So sagt z. B. das Oberlger. München: „Hieraus ergiebt sich, dass nur Nahrungsmittel für Menschen, nicht auch solche für Tiere in Betracht kommen können" [1]). Schon das Obertrib.[2]) verurteilt eine Entwendung von Klee nicht als Mundraub, „weil der § 349 [3] nur solche Früchte im Sinne habe, welche . . . für Menschen geniessbar sind" [3]).

Diese Auffassung wird durch den § 370 [6] gestützt, welcher nicht von Nahrungsmitteln für das Vieh, sondern von Getreide oder anderen zur Fütterung des Viehs bestimmten oder geeigneten Gegenständen spricht. Derselben Wortform bedient sich C. P. O. § 715 [2] und [3], woselbst von Nahrungsmitteln für den Schuldner und seine Familie und dann weiter von dem zum Unterhalt für das Vieh erforderlichen Futter und Stroh die Rede ist.

Nun erhebt sich die weitere Streitfrage, ob als Nahrungsmittel nur derartige Gegenstände aufzufassen sind, welche ohne Weiteres, ohne jede Verarbeitung oder Zubereitung verzehrt werden können.

Diese Ansicht vertritt Meves [4]): „Der sofortigen Geniessbarkeit darf kein Hindernis im Wege stehen; durch den Zusatz „zum alsbaldigen Gebrauch" wird die Möglichkeit des sofortigen Genusses verlangt". Derselben Ansicht folgt das Obertribunal [5]):

„Weil nur solche Früchte verstanden werden, welche im Augenblick ihrer Entwendung für Menschen geniessbar sind".

Die entgegengesetzte Ansicht vertritt das Oberlandesgericht zu

---

[1]) Entsch. d. Oberlandesg. München. VII. 101.

[2]) Goltd. Archiv. V. 58.

[3]) Ebenso Entsch. des Obertrib. Opp. 35. 254; Meyer 674. Liszt 6. Aufl. S. 408. Olsh. 1364. Binding Lehrb. 1896 S. 167, Berger S. 84. Doerr S. 161.

[4]) Meves 322.

[5]) Goltd. Arch. 5. 398, ebenso Schwarze 791. Rechtsp. d. Kgl. O. T. Opph. 35. 24 u. 11. 56.

München[1]): „Die Anwendung des Paragraphen wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass das entwendete Nahrungsmittel, um genossen werden zu können, erst der Zubereitung bedarf“ [2]).

Stenglein, Com.[3]) sagt, es sei gleichgiltig, ob eine Zubereitung notwendig sei; auch lebende Tiere gehören zu den Nahrungsmitteln[4]).

Die Ansicht von Meves ist offenbar zu eng, nach unserem Sprachgebrauch nennen wir rohe Kartoffeln und rohes Rindfleisch Nahrungsmittel.

Ist es angemessen, eine Entwendung von grünen Erbsen als Mundraub und eine Entwendung von getrockneten Erbsen als Diebstahl zu bestrafen, wenn man sich überlegt, dass das Wort Nahrungsmittel gebraucht ist, um nicht Fälle auszuschliessen, bei denen dieselbe milde Beurteilung geboten erscheint?[5])

Auch das Gesetz vom 14. Mai 1879, 53 sieht Tiere für Nahrungsmittel an.

Was nun aber wirklich ein Nahrungsmittel ist, das muss man von zwei Gesichtspunkten aus entscheiden.

Es kommt zunächst darauf an, ob der fragliche Gegenstand den Erfordernissen entspricht, die wir vorhin für die Nahrungsmittel aufgestellt haben. Er muss also von vornherein aus solchen Stoffen bestehen, dass er geeignet ist, durch seine Aufnahme in den Körper demselben das zuzuführen, was er zu seiner Erhaltung bedarf. Zweitens muss der fragliche Gegenstand im speciellen Falle zum Verbrauch und zwar naturgemäss zum Verbrauch als Nahrungsmittel entwendet sein.

Man muss im Auge behalten, dass eine Lüsternheit, dass Hunger oder Durst die treibende Ursache zur That bilden.

Es kommt also nur darauf an: ist der Gegenstand geeignet und soll er als Nahrungsmittel dienen.

Ein weiteres Erfordernis darf man nicht aufstellen.

Man darf nicht etwa a priori eine Tabelle von Gegenständen festsetzen, die man als Nahrungsmittel betrachten will und alle anderen Gegenstände ausschliessen. Die Ansicht, was essbar ist,

---

1) Entsch. d. O. L. G. München S. 126; ebenso Frank 459.

2) Ebenso R. G. Entsch. I. 223.

3) S. 797.

4) Ebenso Liszt. 6. Aufl. S. 408. Binding Lehrb. 1896. S. 168.

5) Mot. Stenogr. Berichte d. R. P. d. N. D. Bd. 1870. III. 770.

ist stets höchst subjectiv, eine vorgefasste Ansicht des Richters kann ganz besonders im Strafrecht hierfür überhaupt keinen Massstab bilden. Man darf nicht sagen, weil ich die Sache nicht zu essen pflege, ist sie kein Nahrungsmittel.

Bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Kreisen der Bevölkerung werden eben ganz verschiedene Grenzen gezogen dafür, was essbar ist oder nicht. Die entgegengesetzte Ansicht könnte zu der Folge führen, dass ein Richter Tiere, die ihm seine Religion zu essen verbietet, nicht als Nahrungsmittel ansieht. —

Es werden besonders in den untersten Schichten der Bevölkerung gar oft Hunde und Katzen verzehrt, und man kann diesen Tieren absolut nicht die Fähigkeit absprechen, den menschlichen Körper zu erhalten. Immer muss aber die Katze natürlich zum Verzehren entwendet sein.

Wenn ein Chinese ein paar weisse Mäuse verzehrt; wenn der Diener eines Russen Talglichte, Pomade, Seife als Nahrungsmittel entwendet, so ist die That ein Mundraub. Das Talglicht z. B. besteht doch bloss aus Talg, aus Fett; warum soll man es anders als anderes Fett behandeln, weil es Lichtform hat und zum Brennen dienen soll. Wozu der Gegenstand nach der Ansicht des Eigentümers Verwendung finden soll, ist vollkommen gleichgiltig. Das bestätigt sogar das Reichsgericht [1]). Es erachtet nämlich „Saatkartoffeln so lange noch als Nahrungsmittel, als sie überhaupt noch objectiv zur Ernährung geeignet sind. Zu was aber der Eigentümer die Gegenstände benützen will, zur Saat oder zu etwas Anderem, das kommt für ihre Qualität als Nahrungsmittel absolut nicht in Betracht“.

Auch Öl, das zum Brennen dienen soll, auch Futterrüben können als Nahrungsmittel entwendet werden. Denn sie bestehen aus den Stoffen, die der menschliche Körper gebraucht, obwohl man im allgemeinen sagen muss, dass derartige Gegenstände nicht verzehrt zu werden pflegen.

Wenn jedoch dagegen Futterrüben zum Futter für das Vieh, oder Kartoffeln zur Aussaat (und das ist doch auch ein „alsbaldiger Verbrauch“) oder Seife zum Waschen entwendet wird, so kann die That niemals ein Mundraub sein. Der Gegenstand entspricht ja nicht der

---

[1]) R. G. Entsch. I. 213.

zweiten von uns aufgestellten Bedingung. Andererseits muss man sich aber sehr davor hüten, Gegenstände als Nahrungsmittel zu betrachten, weil sie zum Verzehren entwendet sind. Es ist nicht richtig zu sagen, was jemand als Nahrungsmittel entwendet hat, das ist ein Nahrungsmittel, obwohl es dem ersten von uns aufgestellten Erfordernis nicht entspricht.

Es ist ein viel besprochener Fall [1]), dass jemand Baumrinde entwendet hat, um damit seinen Hunger zu stillen. Die Baumrinde besteht nicht aus Stoffen, die geeignet sind, den menschlichen Körper zu erhalten. Sie besteht hauptsächlich aus Kalk und Holzteilen. Mag in ihr in ganz geringem Masse auch der oder jener Stoff enthalten sein, den der Körper bedarf, (z. B. etwas Salz, Wasser, Phosphors., Kalk) so kann diese geringe Quantität den Gegenstand nicht zum Nahrungsmittel stempeln.

Eine Entwendung von Baumrinde ist demnach keinesfalls als Mundraub aufzufassen.

Kranke und zwar bleichsüchtige Personen haben bekanntlich eine Vorliebe dafür, Bleistifte, Schieferstifte, auch Holz, zu verzehren. Eine Entwendung derartiger Gegenstände kann natürlich nach den entwickelten Grundsätzen nicht als Mundraub beurteilt werden. Dagegen ist es ein Mundraub, wenn jemand Pilze entwendet, unter denen sich giftige befinden. Giftige Pilze pflegt man nicht zu verzehren, aber trotzdem wird ihnen durch ihr Gift noch nicht die Eigenschaft als Nahrungsmittel entzogen. Eine Entwendung von Wasser aus den Leitungsröhren kann ebenfalls unter den § 370 [5] fallen.

b) Genussmittel.

Neben die Nahrungsmittel stellt der erwähnte Paragraph die Genussmittel. Genussmittel sind Gegenstände, welche geeignet sind, durch ihre Aufnahme in den Körper dem Körper Stoffe zuzuführen, die einen gewissen Reiz auf das Nervensystem ausüben. Sie sind zwar nicht im Stande, den Körper zu erhalten, aber sie regen ihn an und beugen einer Erschlaffung der Nerven und Abstumpfung des Geschmacks vor. Man rechnet zu ihnen alle geistigen Getränke, Kaffee, Thee, Fleischbrühe, Gewürz, Essig etc.

Um festzustellen, ob ein Gegenstand ein Genussmittel ist, muss

[1]) z. B. Fuld 73.

man ganz dasselbe Verfahren anwenden, wie bei den Nahrungsmitteln. Man muss zunächst prüfen, ist der Gegenstand geeignet, den Nervenreiz auszuüben, und ferner muss man prüfen, ist die Entwendung in der Absicht erfolgt, den Gegenstand als Genussmittel zu verwenden.

Dagegen kann es nicht darauf ankommen, ob der Gegenstand im Allgemeinen für ein Genussmittel gehalten wird. Wenn daher jemand denaturierten Spiritus entwendet und sofort austrinkt, so ist die That lediglich als ein Mundraub zu betrachten.

Im Allgemeinen pflegt man allerdings keinen denaturierten Spiritus zu trinken. Aber darauf kommt es auch nicht an. Jedenfalls ist er ganz ebenso geeignet, wie gewöhnlicher Spiritus, die Nerven anzuregen und er wurde in dem betreffenden Falle zum Trinken und nicht etwa zum Brennen verwendet.

Das Gleiche gilt von Eau de Cologne, anderen Parfüms, Kampherspiritus und Alkoholhaltigen Fleckwassern. Immer vorausgesetzt, dass der Delinquent sie zum Trinken entwendet. Denn wenn er eine entwendete Flasche Eau de Cologne als Parfüm gebraucht, so ist das ebensowenig ein Mundraub, als wenn er eine fremde Rose abpflückt und an ihr riecht oder sie ins Knopfloch steckt.

Die Rose gewährt zwar einen Genuss, aber deshalb ist sie noch kein Genussmittel im Sinne des Gesetzes; sie entspricht ja nicht den oben aufgestellten Erfordernissen. Ihr Geruch ist wohl angenehm, aber sie wird gar nicht in den Körper aufgenommen, sie wird nicht verbraucht; ihr Verwelken ist eine Folge des Abpflückens; und wenn man gar das Anschauen für einen Genuss im Sinne des Gesetzes halten wollte, so würde man dahin kommen, auch eine Entwendung von Ringen und Brochen als Mundraub aufzufassen.

Derselben Ansicht folgt das Reichsgericht[1]); auch Fuld[2]) vertritt sie; dagegen äussert sich Liszt[3]) folgendermassen: „Blumen gehören hierher, wenn sie zum Riechen, nicht, wenn sie als Schmuck verwendet werden sollen“.

Es ist eine alte Streitfrage, ob Cigarren und Tabak Gegenstand eines Mundraubes sein können oder nicht.

Für das preussische Strafrecht verneint das Obertribunal[4]) die

---

1) R. G. Entsch. IV. 72.

2) Fuld 173, ebenso Meyer 674, ebenso Doerr S. 169, Frank 459.

3) Liszt 6. Aufl. S. 408, 7. Aufl. S. 432.

4) Opph. Rechtspr. d. Kgl. O. P. VIII. 598.

Frage: „Zu den im § 349 [3] St. G. B. genannten Gegenständen sind Cigarren nicht zu rechnen. Welche Art von Früchten gemeint sind, ergiebt sich aus der Verbindung mit Esswaaren und Getränken" [1]).

Vielleicht hat gerade mit Rücksicht auf derartige Gegenstände das St. G. B. für das Deutsche Reich „Früchte, Esswaaren und Getränke" durch „Nahrungs- oder Genussmittel" ersetzt.

Für ein Genussmittel hält auch das Obertribunal [2]) den Tabak. Das Oberlger. in München [3]) sagt: „Rauchtabak ist ein Genussmittel im Sinne des § 370 [5] des St. G. B." [4]).

Auch das Reichsgericht steht auf demselben Standpunkt. Die Cigarren werden genossen und durch den Genuss verbraucht. Das Nikotin tritt in den Körper ein und übt eine anreizende Wirkung auf das Nervensystem aus: ein Verbleiben in dem Körper und ein Assimilieren mit demselben ist ja bei den Genussmitteln überhaupt nicht erforderlich.

Das Reichsgericht erwähnt ferner in den Gründen: „Selbstverständlich ist es hierfür gleichgiltig, ob deren Gebrauch als Genussmittel nicht ein allgemeiner ist, bezw. dass derselbe eine Gewöhnung daran voraussetzt, ehe er Genuss im uneigentlichen Sinne bereitet".

Wenn Jemand Kastanien- oder Rübenblätter entwendet, um sie in der Pfeife zu rauchen, so begeht er einen Mundraub. Auch sie wirken in der angegebenen Weise, und sie sind als Genussmittel entwendet.

Dagegen sind Feuerungs- (und auch Beleuchtungsmittel) also Holz, Kohle, Torf etc. nicht als Genussmittel aufzufassen, da sie, wie das Reichsgericht [5]) ausführt, „nicht genossen, nicht durch Consumption dem Körper zugeführt werden". Sie gewähren zwar ein angenehmes behagliches Gefühl der Wärme, aber das ist kein Genuss im Sinne des Gesetzes. Das Obertribunal [6]) sagt: „Brennmaterial ist, da es nicht genossen wird, kein Genussmittel im Sinne des Paragraphen". In

---

[1]) Ebenso Opph. St. G. B. f. d. pr. Staaten. 636.

[2]) Goltd. Arch. 24. 50.

[3]) Entsch. d. O. L. G. zu München. VI. 343.

[4]) Ebenso: Annal. d. S. O. L. G. zu Dresden. VI. 502. — Meyer 674. Friedländer 411. Liszt 6. Aufl. 408. R. G. Entsch. V. 289. Berger S. 86. Frank 459.

[5]) R. G. Entsch. IX. 49. Ebenso Liszt 408. Kass. Hof München 17. April 75 (Kah. 348). Goltd. Archiv. 24. 50.

[6]) Rechtspr. d. Kgl. O. T. Opp. 19. 5.

v. Stengels Wörterbuch[1]) des Verwaltungsrechts heisst es: „Dinge, welche mittels der Sinnesorgane, gleichviel wie stark, auf den menschlichen Körper einwirken, ohne in denselben aufgenommen worden zu sein, bezeichnet der physiologische Sprachgebrauch nicht als genossen".

Dass diese Ansicht die richtige ist, geht m. E. auch aus der Vorgeschichte des § 370[5] hervor.

Die Reichstagskommission[2]) hatte beabsichtigt, hinter Nahrungs- oder Genussmittel noch einzufügen „Feuerungsmaterial und Sachen, die einen ganz geringen und die gar keinen Wert haben". Demnach konnte sie Feuerungsmaterial nicht für ein Genussmittel halten.

Arzneien möchte ich nicht zu den Genussmitteln zählen; sie üben nicht einen Reiz auf unser Nervensystem aus, der einer Erschlaffung und Abstumpfung des Körpers und seiner Organe vorbeugt, sondern sie treten nur Störungen in unserem Organismus und schädigenden Einflüssen entgegen.

Jedoch muss zugegeben werden, dass auch eine Arznei zum Genussmittel werden kann. Für einen Morphiumsüchtigen ist das Morphium, für einen Opiumraucher ist das Opium zum Genussmittel geworden. Für sie hat es ganz dieselbe Wirkung wie für einen Anderen Alkohol oder Tabak. Ob der Gebrauch ein allgemeiner ist, und ob er eine Gewöhnung daran voraussetzt, ist ja, wie das Reichsgericht[3]) ausführt, vollkommen gleichgiltig.

c) Wert und Menge.

Das Gesetz verlangt ferner, dass Nahrungs- oder Genussmittel von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge entwendet werden und hat durch diese alternative Bezeichnung eins von diesen beiden Merkmalen als genügend zum Thatbestande des Mundraubs erachtet. Es bricht dadurch mit der alten Theorie, dass der angerichtete Schaden nicht gross sein darf.

Die Motive[4]) führen aus: Es erschien angemessen, „auch den Fall mit aufzunehmen,' in welchem derartige Gegenstände nur in geringer Menge entwendet worden sind, zumal es wohl vorkommen kann,

---

[1]) S. 158.

[2]) Stenogr. Ber. über die Verhdl. d. R. T. d. N. D. Bds. Bd. III. S. 770.

[3]) R. G. Entsch. V. 289.

[4]) Stenogr. Ber. der Verhdl. d. R. T. d. N. D. B. 1870. III. 770; anderer Ansicht Berger S. 74, der thats. geringe Menge und unbedeutenden Wert verlangt.

dass der Thäter sich über den Wert irrt" [1]). Wenn also Jemand im Winter 6—8 Pfirsiche im Werte von 40 Mark entwendet, so ist das eben eine geringe Menge und die That ist trotz des hohen Wertes nur ein Mundraub.

In weitaus den meisten Fällen wird allerdings der Wert des entwendeten Gegenstandes unbedeutend sein, aber eine Maximalsumme ziffermässig festzustellen, davor hat sich das Gesetz mit Recht gescheut.

Den Wert muss man natürlich, wie Fuld [2]) richtig bemerkt, nach objektiven Gesichtspunkten bemessen „für einen Hungernden ist ein entwendetes Brot keineswegs eine Sache von unbedeutendem Wert" und ferner „vor einer Schätzung nach dem Affectationswerte muss hier, wie in anderen Fällen gewarnt werden".

Was eine geringe Menge ist, das muss man in jedem einzelnen Falle thatsächlich feststellen und hat dazu einen bequemen Anhaltspunkt durch die Worte „zum alsbaldigen Verbrauch".

Ferner muss man auch hier wieder das Motiv berücksichtigen, dass den Thäter bei Ausübung der That beherrscht hat. Die entwendete Menge darf nur so gross sein, dass sie nach Ansicht des Thäters gerade ausreichen wird, seinen Hunger oder seine Lüsternheit zu befriedigen.

Darnach kann man leicht ermessen, ob die entwendete Menge geeignet ist, die That als Mundraub darzustellen.

Es scheint mir demnach die Ansicht des Reichsgerichts [3]) eine irrtümliche zu sein, welches die Entwendung von 11 Cigarren für einen Mundraub erachtet.

Richtig wird dagegen in einer anderen Entscheidung [4]) die Entwendung von 46 Heringen durch 2 Leute nicht für einen Mundraub angesehen, da ihre Absicht, die Heringe erst im Laufe der 2 folgenden Tage zu verzehren, ersichtlich war.

Fortgesetzte Verübung.

Bei dem sogenannten fortgesetzten Verbrechen nimmt das Reichsgericht [5]) dann keinen Mundraub an, wenn die Gesammtmasse der

---

[1]) Ebenso Doerr S. 164.
[2]) Fuld 174.
[3]) R. G. Entsch. V. 289.
[4]) R. G. Entsch. XI. 308. Vergl. Entsch. d. O. L. G. München. VI. 343.
[5]) R. G. Entsch. XVII. 333; ebenso Stenglein Com. 798.

entwendeten Gegenstände nicht von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge war. Dagegen hat sich Oppenhoff [1]) erklärt: „Eine Mehrheit selbständiger Entwendungen der fraglichen Art ist, selbst wenn sie aus einem einheitlichen Entschluss hervorgingen, nicht als ein fortgesetztes Verbrechen anzusehen". Schwarze [2]) sagt, eine Mehrzahl von Entwendungen ist jede für sich zu beurteilen, auch wenn sie im Fortsetzungsnexus stehen.

Nach meiner Ansicht muss man sich sehr davor hüten, auch eine Mehrheit von derartigen Entwendungen für ein fortgesetztes Verbrechen aufzufassen, wenn nicht die einheitliche Absicht ganz klar zu Tage tritt. Es kann ein Diener sehr gut mehrmals von dem Wein seines Herren trinken, und jedesmal wurde die That durch seine plötzliche Lüsternheit und die gute Gelegenheit hervorgerufen. Wenn aber ein Hausdiener sich monatelang aus dem Colonialwaarengeschäft seines Brotherren täglich das entnimmt, was seine Frau für die Wirtschaft an Kaffee, Zucker u. dergl. gebraucht, so ist das kein Mundraub. Denn der Thäter hatte die Absicht, sich eine grosse Quantität Nahrungsmittel anzueignen.

Es handelte sich, um mit Liszt [3]) zu reden „um die unterbrochene stossweise Verwirklichung des verbrecherischen Thatbestandes".

d) Entwendung von Nahrungsmitteln in Gefässen, Umhüllungen etc.

Das entwendete Nahrungsmittel kann man nun aber häufig gar nicht fortschaffen, ohne zugleich das Gefäss zu nehmen, in dem es sich befindet. Es ist die Frage, ob man an dem Gefäss oder der Umhüllung, ob man an den Federn eines entwendeten Huhnes einen besonderen Diebstahl begeht.

Das Oberlandesgericht zu München [4]) hat zu dieser Frage Stellung genommen:

„Dadurch, dass derjenige, wer Nahrungs- oder Genussmittel . . . entwendet hat, dabei ohne selbständige Absicht der rechtswidrigen Zueignung auch ein Gefäss oder eine Umhüllung von geringem Werte,

---

1) Opp. 751. Liszt 218.
2) Schwarze Com. 791.
3) Liszt, 6. Aufl. S. 209.
4) Entsch. d. O. L. Ger. München. II. 553.

worin sich das entwendete Genussmittel befand, mit entwendet hat, wird die Anwendung des § 370[5] des St. G. B. für das Deutsche Reich auf die That nicht ausgeschlossen".

Diese Ansicht erscheint mir zutreffend. Mit Recht hebt das Oberlandesgericht hervor, es dürfe nicht etwa die Absicht vorhanden sein, sich auch das Gefäss anzueignen; denn dann liegt ein Diebstahl vor. Wenn Jemand einen Topf mit Milch nimmt, zunächst nur der Milch wegen und sich dann gleichwohl den Topf behält, so begeht er eine Unterschlagung. Und wenn er den Topf zertrümmert, so begeht er eine Sachbeschädigung.

Nehmen wir den Fall an, dass Jemand eine Flasche Wein aus dem Keller entwendet und, um die Entdeckung zu verhüten, eine ihm gehörige leere Flasche an dieselbe Stelle legt. Auch wenn sich der Delinquent die Flasche selbst behält, würde ich ihn nur wegen Mundraubes und nicht wegen Diebstahls oder Unterschlagung bestrafen. Ich glaube, er hat nicht die Absicht, der rechtswidrigen Zueignung der Flasche.

Ebensowenig hat ein Diener, der sich eine Cigarre seines Herrn genommen hat und sich nun auch noch ein Streichholz zum Anzünden nimmt, die Absicht, sich das Streichholz rechtswidrig anzueignen.

Sollte er jedoch, was unter Umständen denkbar ist, die Absicht der rechtswidrigen Zueignung des Streichholzes haben, so wird er wegen Mundraubes an der Cigarre und wegen Diebstahls an dem Streichholz bestraft.

Die begründete Annahme, dass der Besitzer in die Wegnahme einwilligt, schliesst dagegen stets die Strafbarkeit aus. Und diese Annahme ist unter Umständen, z. B. bei der Aneignung einer ganz geringen Menge von Feldfrüchten gar nicht unberechtigt. Sehen wir ja doch selbst in der Bibel, dass die Jünger Ähren ausrauften und die Körner verzehrten[1]).

e) Entwendung von Gartenfrüchten etc. in Preussen.

Wenn eine ähnliche That mit rechtswidriger Absicht in Preussen verübt wird, so könnte man zweifelhaft sein, ob der § 370[5] des

---

[1]) Lucas 6. 1. Markus 2. 23. Vergl. 5. Moses 23, 25.

St. G. B. oder der § 18 des Feld- und Forstpolizeigesetzes vom 1. April 1880 Anwendung findet.

Es ist dies nicht etwa gleichgiltig, denn Versuch, Beihilfe, Begünstigung sind in dem einen Gesetz straflos gelassen und werden in dem anderen ebenso bestraft, wie das vollendete Delict.

Da beide Paragraphen die gleiche Strafandrohung enthalten, nämlich Geldstrafe bis zu 150 Mark oder Haft bis zu 6 Wochen, so könnte auch der § 73 St. G. B. nicht als Aushilfsmittel dienen.

Specieller ist das eine Gesetz bezüglich des Gegenstandes der That und des Ortes, das andere berücksichtigt mehr die subjective Seite.

Meiner Ansicht nach muss man dem Feld- und Forstpolizeigesetz den Vorzug geben.

Der § 1 dieses Gesetzes bestimmt: „Die in diesem Gesetz mit Strafe bedrohten Handlungen unterliegen, soweit dasselbe nicht abweichende Vorschriften enthält, den Bestimmungen des Strafgesetzbuches".

Hieraus geht hervor, dass in erster Linie das Feld- und Forstpolizeigesetz angewendet werden muss. Auch der Abs. 2 des § 18 des Gesetzes weist darauf hin: „Liegen die Voraussetzungen des § 370^{5} St. G. B. vor, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein".

Eine Entwendung von Kirschen von einem Chausseebaum zum alsbaldigen Verbrauch soll also im Allgemeinen nach dem Gesetz vom 1. April 1880 beurteilt werden; es wird jedoch auf den § 370^{5} St. G. B. — unter den die That auch subsumiert werden könnte — insoweit Rücksicht genommen, als ein Antrag zur Bestrafung erforderlich ist.

Es soll nicht geleugnet werden, dass die vertretene Ansicht zu einer ganz merkwürdigen Consequenz führen muss.

Wenn Jemand aus einem Gewächshause eine Ananas im Werte von 9 Mark zu entwenden versucht, um sie sofort zu verzehren, so müsste dieser Versuch nach dem Feld- und Forstpolizeigesetz bestraft werden; wenn der Wert der Ananas aber 12 Mark beträgt, so bleibt er straflos.

Die That kann nach § 6 nicht mehr unter das Feld- und Forstpolizeigesetz fallen, da der Wert 10 Mark übersteigt. Sie muss daher nach § 370^{5} St. G. B. beurteilt und darnach straflos gelassen werden.

Wir haben also die Consequenz: Wer Früchte in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauch vom Baume zu entwenden versucht, wird bestraft, wenn der Wert gering ist, und bleibt straflos, wenn der Wert bedeutend ist.

IV. Der Thäter des Mundraubes.

a) Im Allgemeinen.

Während als Gegenstand des Mundraubes — wie wir gesehen haben — aus der Gesammtheit der Rechtsgüter ein kleiner Teil ausgesondert ist, kann nach unserem Strafgesetzbuch im Allgemeinen jeder zurechnungsfähige Mensch Thäter eines Mundraubes sein.

Auf demselben Standpunkt hat die Gesetzgebung nicht stets gestanden.

Nach dem Bayr. Entwurf vom Jahre 1822 kann beispielsweise nur das Hausgesinde einen Mundraub begehen. —

Eine Ausnahme ist aber in dem Abs. 2 des § 370[5] getroffen.

b) Straflose Fälle des Mundraubes.

Hiernach bleibt nämlich der Mundraub von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie und ebenso unter Ehegatten straflos, wie ja dasselbe in § 247[2] auch für Diebstahl und Unterschlagung bestimmt wird.

c) Mitthäter.

Wenn mehrere Menschen gleichzeitig Nahrungsmittel entwenden, so muss man streng unterscheiden, ob eine einheitliche That vorliegt und die Delinquenten also Mitthäter sind, oder ob eine Anzahl von Entwendungen vorliegen, die nur durch die gleich günstigen Umstände zu derselben Zeit und an demselben Orte ausgeführt sind. Wenn fünf Knaben über einen Zaun steigen, um Äpfel zu entwenden, und sich keiner dabei um die Anderen kümmert, so liegen eben fünf einzelne Entwendungen vor.

Wenn aber aus dem ganzen Thatbestande ersichtlich ist, dass jeder nicht nur die Absicht hatte, sich Nahrungsmittel anzueignen, sondern ausserdem noch die Verwirklichung der Absicht der Anderen erstrebte, so richtet sich der Dolus eines jeden auf die Begehung

der ganzen That, und jeder trägt die Verantwortung für die ganze Entwendung. Dass aber die That in diesem Falle kein Mundraub sein kann, das soll damit nicht gesagt sein; die Quantität muss nur gering oder der Wert unbedeutend sein und der alsbaldige Verbrauch der Zweck der Entwendung.

d) Eine Militärperson, ein Beamter als Thäter.

Aber selbst wenn eine geringe Quantität eines Nahrungsmittels zu eigenem alsbaldigen Verbrauch entwendet ist, so kann unter Umständen die Anwendbarkeit des § 370[5] St. G. B. in Zweifel gezogen werden aus Gründen, die in der Person des Thäters liegen. Es fragt sich nämlich, ob der § 138 des Militärstrafgesetzbuchs, ob der § 350 R. St. G. B. dem § 370[5] vorzuziehen sind. Wenn ein Soldat seinem Kameraden, seinem Vorgesetzten oder seinem Quartierwirt Nahrungsmittel zum Verbrauch entwendet oder sich ein Commissbrot nimmt, wenn er zum Brottransport kommandiert ist, so begeht er meiner Ansicht nach nur einen Mundraub. Dies folgt zunächst schon daraus, dass m. E. der Mundraub ein Sonderdelict ist und der § 138 M. St. G. B. nur den Diebstahl und die Unterschlagung im Auge hat[1]). Aber selbst wenn man den Mundraub für einen Diebstahl hält, muss man zu demselben Resultat gelangen.

Das Militärstrafgesetzbuch enthält nur die militärische Qualificierung der Verbrechen. Die Delicte gegen das fremde Vermögen — Diebstahl, Unterschlagung etc. — sind darin nicht etwa definiert. Man muss also zur Subsumierung eines Thatbestandes unter einen Delictsbegriff auf das bürgerliche Strafgesetzbuch zurückgreifen.

Nach diesem ist die That Mundraub — also Übertretung.

Da das M. St. G. B. nur Verbrechen und Vergehen behandelt, die Übertretungen aber auch im Militärverfahren nach bürgerlichem[2]) St. G. B. zu beurteilen sind, so ergiebt sich die Unanwendbarkeit des § 138 M. St. G. B.

Dieselbe Ansicht vertritt Solms[3]): „Die Wegnahme von Lebens- und Genussmitteln von geringer Quantität und zum alsbaldigen Verbrauch fällt auch unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 nicht unter diese Strafvorschrift, sondern wird nach § 370[5] R. St. G. B. bestraft“.

[1]) Vergl. Friedländer S. 402.
[2]) Solms S. 9.
[3]) Solms S. 134; ebenso S. 55 bezüglich des Antrages; gegenüber § 51 M. St. G. B.

Eine gleiche Beurteilung lässt Friedländer[1]) dem Fall angedeihen, dass ein Beamter Nahrungsmittel, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, zum alsbaldigen Verbrauch entwendet.

Da der § 350 St. G. B. nur von Unterschlagung spricht, ist die Frage für die herrschende Meinung, die den Mundraub für einen Diebstahl ansieht, ohne Weiteres entschieden[2]).

Aber auch meiner Ansicht nach ist der § 370[5] unanwendbar[3]). Es soll zugegeben werden, dass der Gegenstand und dass das Motiv zur That dasselbe ist, wie beim Mundraub. Aber hier tritt neben den Angriff gegen das fremde Vermögen die Pflichtverletzung.

Die einem Beamten anvertrauten Gegenstände sind ausser dem allgemeinen, noch mit einem besonderen Rechtsschutz umgeben. — Es ist ein ähnliches Verhältnis wie das, in welchem die gewöhnliche Beleidigung zur Majestätsbeleidigung steht. — Die That des Beamten, der einen groben Vertrauensbruch begeht und möglicherweise das Ansehen seiner Behörde im Publikum herabsetzt, erscheint einer milden Beurteilung unwert, denn der Beamte handelt stets mit dem Vorsatz der Pflichtverletzung.

V. Vorsatz und Absicht beim Mundraub.

a) Im Allgemeinen.

Die wichtigste Frage bei der Beurteilung eines Mundraubes ist stets die Frage nach dem Motiv des Thäters.

Die treibende Ursache zu jeder — verbrecherischen — That ist eine innere Disharmonie[4]), eine Unlust[5]), die den Wunsch nach einer Veränderung in der Aussenwelt hervorruft.

Wenn man handelt, um diese Veränderung zu bewirken, so sagt man, man beabsichtigt den Erfolg.

Absicht ist also die Vorstellung des Erfolges als Triebfeder zur

---

[1]) Friedl. 402.

[2]) Vergl. Opph. Rechtspr. des Kgl. O. T. 13. 209.

[3]) Ebenso Liszt, 6. Aufl. S. 564.

[4]) Binding N. 274.

[5]) Hälschner 277.

Handlung. Der beabsichtigte Erfolg kann nun entweder Selbstzweck sein, wie Liszt[1]) sagt: „die Vorstellung des Erfolges kann Motiv sein“, oder aber der Erfolg ist bloss Mittel zum Zweck, so dass man also den Erfolg nicht um seiner selbst willen beabsichtigt, sondern nur dazu, um, auf ihn gestützt seinen eigentlichen Zweck zu erreichen. Mit der Absicht untrennbar verbunden ist der Vorsatz d. h. die Vorstellung, dass die Handlung Ursache des Erfolges ist.

Es kann sich aber der Vorsatz ändern, während die Absicht dieselbe bleibt: es hat z. B. Jemand die Absicht, sich das Geld aus einem verschlossenen Schrank rechtswidrig anzueignen, und den Vorsatz, den Erfolg durch Erbrechen des Schlosses herbeizuführen. Nun steckt aber der Schlüssel: da ändert sich der Vorsatz, und die Absicht bleibt dieselbe.

Umgekehrt kann sich auch die Absicht ändern, während der Vorsatz derselbe bleibt. Wenn der Dieb in demselben Fall die erste Thür erbrochen hat und nun durch die zweite, eine Glasthür, bemerkt, dass der Inhalt des Schrankes nicht aus Geld, sondern aus Pretiosen besteht, so kann sich in diesem Falle die Absicht, Geld zu entwenden, in die Absicht ändern, Pretiosen zu stehlen, während der Vorsatz derselbe bleibt.

Es wird aber naturgemäss jeder der beiden Faktoren durch Änderung des anderen in Mitleidenschaft gezogen.

Das Gesetz nimmt nun allerdings auf eine Änderung von Absicht oder Vorsatz in den Fällen gar keine Rücksicht, in denen die Handlung trotz der veränderten Umstände noch unter denselben Strafgesetzbuchsparagraphen fällt.

Es ist vollkommen gleichgültig ob Jemand seinen Onkel ermordet, um seine Erbschaft anzutreten, oder um sich für eine erlittene Kränkung zu rächen.

Wenn aber das Gesetz bei einer Handlung auf die Absicht näher eingeht oder sogar noch weiter zurückgeht und Gewicht darauf legt, was für weitere Ziele der Delinquent nach Eintritt des Erfolges erstrebt, so muss eine Änderung des beabsichtigten Erfolges aus einem Selbstzweck in ein Mittel zum Zweck allerdings von Belang sein.

Es hat z. B. Jemand die Absicht, die Äcker seines Feindes in

[1]) Liszt 105.

der Nacht durch einen Durchstich des Dammes zu überschwemmen. Am Abend kommt aber ein solches Unwetter, dass er, um sein Eigentum zu schützen, handelt, wie er beabsichtigt. In diesem Falle darf nicht § 313 St.G.B., sondern es muss § 313 [2] Anwendung finden.

Wenn Jemand im Begriff steht, einen Mundraub zu begehen, während der Handlung sich aber überlegt, er werde die Gegenstände lieber verkaufen und für den Erlös sich etwas anderes kaufen, so werden wir doch nicht anstehen, diese That für einen Diebstahl zu erklären.

Der Vorsatz ist derselbe geblieben, die Absicht auch, aber in dem einen Fall ist der Besitz der Nahrungsmittel Selbstzweck, es ist das Endglied in der Kette der Handlungen, welche das Gesetz berücksichtigt, und es ist vollkommen gleichgültig, ob der Dieb die gestohlenen Nahrungsmittel verkauft, verschenkt oder wegwirft. In dem anderen Fall ist der Besitz der Nahrungsmittel noch nicht der letzte Punkt, den das Gesetz berücksichtigt. Das Gesetz forscht weiter darnach, was mit den Nahrungsmitteln gemacht werden soll und findet es entschuldbar, wenn die Absicht vorwaltet, sie zu verzehren. Wenn das Gesetz den Erfolg den der Thäter, gestützt auf den Besitz der Nahrungsmittel in Wirklichkeit erstrebt, als Endpunkt, als Selbstzweck hätte hinstellen wollen, so hätte es sich der Wendung bedienen können: „Wer fremde Nahrungsmittel etc. verbraucht“ [1]) und hätte dadurch seine Absicht, auf das Motiv zur That, auf Hunger und Durst etc., mehr Rücksicht zu nehmen, als auf die Art der Begehung, unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Das Gesetz hat sich aber vor dieser Fassung mit Recht gescheut, weil es die Strafbarkeit der That an einen zu späten Zeitpunkt geknüpft hätte. Das Unrecht ist ja doch schon mit der Entwendung vorhanden.

Halten wir daran fest, es hätte im Sinne des Gesetzes gelegen, den Verbrauch fremder Nahrungsmittel unter Strafe zu stellen, es wird jedoch schon die Entwendung zum Verbrauch bestraft, weil mit ihr das Unrecht schon vollendet ist. Eine ganz naturgemässe Folgerung aus der Fassung des § 370 [5] ist es, dass eine anderweitige Verwendung von Nahrungsmitteln, die man zum Verbrauch entwendet hat, für die juristische Beurteilung der That absolut nicht mehr in Betracht kommt. Auf demselben Standpunkt steht auch das Reichs-

[1]) Vergl. Code pénal 471 [9].

gericht [1]): „Wenn der Angeklagte die Entwendung zum alsbaldigen Gebrauch gemacht hat, so macht eine spätere andere Verwendung die Entwendung nicht zum Diebstahl".

Eine andere als die beabsichtigte Verwendung kann auch z. B. darin liegen, dass man Jemanden von den entwendeten Nahrungsmitteln mitgeniessen lässt, die man zu eigenem Bedarf genommen. Es ist klar, dass trotzdem nur ein Mundraub vorliegt.

b) Absicht des Verbrauchs durch Andere.

Wie aber ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Thäter schon bei der Entwendung die Absicht hatte, einen Anderen mitgeniessen zu lassen?

Meiner Ansicht nach begeht er auch dann nur einen Mundraub.

Zunächst bietet der Wortlaut des Gesetzes keinen zwingenden Grund zu der Annahme, dass der Entwender auch der Verbrauchende sein müsse.

Im Gegenteil! Während die Preussischen Entwürfe den eigenen Genuss oder Verbrauch hervorheben thut das Reichsstrafgesetzbuch nicht das Gleiche. Wir erblicken den Grund für die Privilegierung des Mundraubes in der Geringfügigkeit des Gegenstandes und in dem Motiv zur That.

Geringfügig muss der Gegenstand natürlich bleiben. Er darf nicht Dimensionen annehmen, dass man weder von einer geringen Menge noch von einem unbedeutenden Werte reden kann.

Und fernerhin muss ein menschliches Bedürfnis befriedigt, einer menschlichen Schwäche nachgegeben werden. Dass es aber eigener Hunger sein müsse, ist gar nicht gesagt.

Berger [2]) meint, dass man dieses Motiv nicht der Brust eines Anderen entlehnen, sich gewissermassen borgen könne.

Von einem „Borgen des Hungers" ist ja gar nicht die Rede; es ist eben für den Thäter ein eigenes Bedürfnis, den fremden Hunger zu stillen, und deshalb delinquiert er, um ein eigenes Bedürfnis zu befriedigen.

Sollte es entschuldbar sein, wenn eine Frau Brot entwendet, um sich zu sättigen, und unentschuldbar, wenn sie ihrem Kinde etwas davon geben will? — Es sei darauf hingewiesen, dass man dann Mit-

---

[1]) R. G. Entsch. XIII. 371.

[2]) S. 65.

thäter stets wegen Diebstahls etc. an dem Teil der Nahrungsmittel bestrafen müsste, die der Andere geniessen soll.

Das Reichsgericht steht auf dem hier vertretenen Standpunkt. Es führt aus [1]: „Es kann nicht angenommen werden, dass der Grund des Gesetzes dadurch allein fortfällt, dass die Entwendung für den unmittelbaren Bedarf eines oder mehrerer Anderer geschieht, vorausgesetzt, dass der Thäter nicht zugleich eigenen Vorteil bezweckt" [2].

Binding sagt: „Der bestimmungsgemässe Consument braucht nicht der Thäter, muss aber eine bestimmte Person seiner Sympathie sein. Wer Äpfel stiehlt, um sich nachher die Strassenjugend zu suchen, die bereit ist, sie zu verzehren, verfällt dem § 242 St. G. B."

Wenn dagegen der Thäter zugleich eigenen Vorteil bezweckt, wenn seine Absicht nicht darauf gerichtet ist, dass der Andere verbraucht, sondern es ihm vielleicht schon genügt, dass der Andere besitzt, so liegt kein Mundraub vor.

Nehmen wir den Fall, dass ein Fleischerlehrling sich bei seiner Arbeit von einem anderen Knaben helfen lässt und diesem dafür eine Wurst aus dem Laden giebt. Die That ist kein Mundraub, sondern ein Diebstahl.

Die Absicht ist ja nicht der Verbrauch der Wurst durch den Anderen, sondern die Absicht ist die, für geleistete Hilfe ein Aequivalent — und zwar aus fremder Tasche zu zahlen.

Bestrafung des Mitgenusses.

Nun erhebt sich die weitere Frage, was denn der Mitgeniessende für ein Delict begeht.

Vorausgesetzt ist natürlich, dass er den unrechtmässigen Erwerb der Nahrungsmittel kennt oder kennen muss.

Die herrschende Ansicht unterscheidet zwei Fälle; unter Umständen sieht sie die That als Hehlerei an und straft aus § 259 St. G. B., unter Umständen als „blossen Mitgenuss" und lässt sie straflos; ohne dass hierfür ein Grund ersichtlich wäre.

Es ist nicht abzusehen, warum der A. straflos ausgehen soll, wenn er den B. — einen herrschaftlichen Diener — besucht und in dessen Stube Sect trinkt und echte Cigarren vorgesetzt bekommt.

---

[1]) R. G. Entsch. XIII. 374.

[2]) Ebenso: Meves 323; Schwarze Com. 791; Meyer 647; Frank 459. Binding Lehrb. 1896. S. 168.

Den Thatbestand der Hehlerei kann man meiner Ansicht nach allerdings nicht in der Handlung erblicken.

Man könnte schon zweifelhaft sein, ob z. B. eine Frau, die von ihrem Ehemanne, ein Kind, das von seinem Vater entwendete Nahrungsmittel annimmt, dieselben ihres Vorteils wegen an sich bringen.

Sicher aber liegt in einem Mitgenuss kein „Ansichbringen", wie es der § 259 St. G. B. im Auge hat. Unbefangen betrachtet, ist ja jedenfalls in einem Verzehren ein Ansichbringen zu erblicken, aber der § 259 legt dem Worte nicht dieselbe Bedeutung bei, wie der allgemeine Sprachgebrauch, sondern er fasst den Begriff enger.

Betrachten wir folgenden Fall: Der A. bemerkt, dass der B. einem Dritten eine Uhr entwendet hat und nimmt nun seinerseits dem B. wieder die gestohlene Uhr.

Wir werden doch gar kein Bedenken tragen, diese That als einen Diebstahl zu bezeichnen. Trotzdem müssen wir sagen, er hat seines Vorteils wegen eine Sache, von der er wusste, dass sie der B. mittels einer strafbaren Handlung erlangt hatte, an sich gebracht. Dass in seinem Thun ein Ansichbringen liegt, wird wohl im Ernst Niemand bezweifeln.

Wir sehen aber hieraus, dass zur Erfüllung der Sachhehlerei nicht jedes Ansichbringen genügt, sondern dass damit ein Act gemeint ist, durch den sich der Besitzer einer Sache freiwillig der Verfügungsgewalt begiebt und der Erwerber thatsächlich und auch bewusster Massen die Verfügungsgewalt, den Gewahrsam erwirbt.

Wenn ich mit A. aus einer von ihm entwendeten Flasche Wein trinke, so bringe ich den genossenen Wein zwar stets an mich, aber im Sinne des § 259 St.G.B. geschieht dies nur dann, wenn ich die thatsächliche Verfügungsgewalt über den Wein erlangt hatte [1]. Ich habe sie nicht erlangt, sondern der A. hat sie behalten, wenn ich aus der Flasche trinke und sie ihm darauf zurückgebe.

Anders liegt der Fall, wenn ich mir eine Flasche Wein von A. schenken lasse und sie mit nach Haus nehme. Habe ich die Absicht, sie nach und nach auszutrinken, oder zu verkaufen, so mache ich mich einer Partiererei schuldig.

Das gleiche Vergehen verübe ich nach Ansicht des Reichsgerichts [2],

---

[1]) Ebenso Liszt 464, R. G. Entsch. IX. 199 fg.

[2]) R. G. Entsch. IV. 49.

wenn ich die Absicht habe, die Flasche Wein zu Haus alsbald auszutrinken.

Diese Auffassung erscheint nicht zutreffend.

Es kann kein so grosser Unterschied darin liegen, ob ich den Wein sofort mit A. an Ort und Stelle austrinke oder ihn mit nach Haus nehme, um ihn dort zu geniessen.

Es erscheint auch Folgendes widersinnig:

Wenn sich B. die von A. entwendeten Aepfel von ihm schenken lässt, so erleidet er Gefängnisstrafe, und nimmt er sie ihm heimlich weg, so ist das anerkannter Weise nur ein Mundraub und er wird sehr milde bestraft.

Wie wir vorher schon erwähnten, ist eine Entwendung entweder gegen den fremden Gewahrsam oder gegen das fremde Eigentum oder gegen beides gerichtet. Bei der Unterschlagung schädigt man nur das fremde Eigentum, bei der Besitzentziehung (§ 289 St. G. B.) nur den fremden Gewahrsam und beim Diebstahl stets beides[1]. In dem erwähnten Falle, dass nämlich der A. dem B. eine von diesem entwendete Uhr stiehlt, hat er den Gewahrsam des Diebes gestört und das Eigentumsrecht des wahren Eigentümers. Er hat ja das Eigentumsrecht noch illusorischer gemacht und das rechtswidrige Verhältnis perpetuiert.

Wenn mir aber der Dieb eine gestohlene Sache schenkt, so hat er freiwillig seinen Gewahrsam aufgegeben, und ich habe nur ein fremdes Eigentumsrecht gestört; und das nennt man eben Sachhehlerei.

Die Sachhehlerei ist demnach juristisch betrachtet sicher weniger strafbar als der Diebstahl, aber aus moralischen und praktischen Gesichtspunkten erscheint eine gleich hohe Strafe ganz angemessen.

Beim Mundraub liegen die Verhältnisse aber wesentlich anders.

Wenn ich dem A., der einen Mundraub begangen hat, die entwendeten Äpfel wegnehme, so störe ich seinen Gewahrsam und das Eigentum des wahren Eigentümers; wenn ich sie mir aber von ihm schenken lasse, so störe ich seinen Gewahrsam nicht, wohl aber verletze ich ein fremdes Eigentum, dadurch, dass ich Nahrungsmittel meiner ausschliesslichen Herrschaft unterwerfe.

Zu einer Entwendung genügt nun aber, wie wir sahen, die Ver-

---

[1]) Meves 358.

letzung des Gewahrsams oder des Eigentums. Damit stellt sich die That als eine Entwendung dar, die in dem Falle, dass die anderen Voraussetzungen zutreffen, unter den § 370[5] fallen kann.

Wir sehen also, dass auch die Sachhehlerei, ebenso wie andere rein vermögensrechtliche Delicte unter Umständen zum Mundraub werden kann.

Wenn man allerdings den Mundraub für einen Diebstahl hält, so kann man nicht zu diesem der Billigkeit entsprechenden Resultat gelangen, sondern muss nach wie vor in diesem Falle den „Hehler“ viel strenger bestrafen als den „Stehler“, obgleich sein Verschulden offenbar ein recht geringes ist.

In dem hier geschilderten Falle ist der Zweck derselbe wie bei einem Mundraub, der durch den Thatbestand des Diebstahls erfüllt wird; die Absicht ist dieselbe; der Gegenstand ist der gleiche; warum soll aus dem Grunde eine strengere Strafe eintreten, weil der Gewahrsam freiwillig aufgegeben wurde?

Ganz ebenso ist meiner Ansicht nach das sogenannte „blosse Mitgeniessen“ zu beurteilen. Es liegt gar kein Grund vor, Jemanden straflos zu lassen, der wissentlich aus einer entwendeten Weinflasche mittrinkt. Wenn er auch keiner Hehlerei sich schuldig gemacht hat, so hat er doch immerhin nach den entwickelten Grundsätzen eine geringe Quantität Wein an sich gebracht und hat sie dadurch dem wahren Eigentümer entwendet.

Er ist also nicht straflos zu lassen, sondern aus § 370[5] zu bestrafen.

Hierbei ist natürlich immer angenommen, dass der Mitgeniessende dolos handelt, denn sonst kann man schon gar nicht von einer Entwendung sprechen.

c) Fahrlässiger Mundraub; Irrtum.

Ebensowenig würde diese Ausdrucksweise für einen „fahrlässigen Mundraub“ zutreffen.

Es kann ja leicht vorkommen, dass Jemand aus einem falschen Glase trinkt; dass er aus Versehen ein fremdes Frühstücksbrot statt des eigenen verzehrt. Mit Recht sind derartige Fälle, ebenso wie der „fahrlässige Diebstahl“ straflos gelassen.

Auch ein Irrtum über die Einwilligung des Eigentümers in den Verbrauch seines Nahrungsmittels schliesst die Strafbarkeit aus. —

Es kann auch beim Mundraube ein Irrtum über die Qualität des Gegenstandes als Nahrungsmittel in Betracht kommen.

Es glaubt z. B. Jemand, ein Nahrungsmittel vor sich zu haben, während es sich später herausstellt, dass der Gegenstand in der That kein Nahrungsmittel ist.

Ein derartiger Fall ist vom Reichsgericht [1]) entschieden. Es hatte ein Mann sich ein Tuchbündel angeeignet, in welchem sich Butter befand, weil er vermutete, darin das Frühstücksbrot eines Anderen zu finden.

Das Bündel wurde ihm aber wieder abgenommen, ehe er sich überhaupt von dem Inhalt überzeugen konnte.

Das Reichsgericht hat in dieser That einen Diebstahl nach § 242 erblickt; es sagt in den Gründen: „Es stand fest, dass er das vorliegende Bündel, das Tuch mit seinem dem Angeklagten vorläufig nicht bekannten Inhalt weggenommen hat".

„Die Absicht, das Bündel, wie es da lag, unter allen Umständen zu nehmen, wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sich annehmen liesse, dass er in dem Augenblick des Zugreifens über den wahren Inhalt belehrt, dasselbe liegen gelassen oder wieder hingelegt hätte".

Das Reichsgericht geht also von der Ansicht aus, dass man von einem Menschen, der im Begriff steht, einen Mundraub zu begehen, ohne Weiteres annehmen kann, dass er auch einen gewöhnlichen Diebstahl verüben würde. Es stellt darin eine Schuldpraesumption auf, nimmt von vorn herein an, dass der Thäter das Bündel auf jeden Fall nehmen wollte, und giebt nur zu, dass diese Praesumption allerdings durch die oder jene Thatsache entkräftet werden könnte.

Richtig bemerkt hierzu Geyer [2]): „Man kann doch nicht Jemanden wegen einer strafbaren Handlung verurteilen, weil sich annehmen lässt, dass er sie begangen hätte, wenn er in die Lage gekommen wäre, sie zu begehen".

Das Gegenteil, dass es dem Thäter im Grunde genommen ganz gleichgültig ist, was er in dem Bündel findet, ist ja leicht denkbar; aber die Schuld muss dem Verbrecher bewiesen und darf nicht praesumiert werden.

Wenn sich also Jemand in der soeben geschilderten Weise in

[1]) R. G. Entsch. III. 166.

[2]) Geyer S. 308.

der Qualität des entwendeten Gegenstandes täuscht, so liegt meiner Ansicht nach nur ein Versuch des Mundraubes vor, der straflos gelassen werden muss.

Wenn der Thäter sich überzeugt, dass der Gegenstand den er für ein Nahrungsmittel gehalten hat, nicht essbar ist, und er bringt ihn dem Eigentümer zurück, so muss er straflos ausgehen.

Behält er ihn aber trotzdem, so begeht er an ihm eine Unterschlagung, denn er eignet sich eine Sache rechtswidrig zu, die er in seinem Besitz hat. Ob der Besitz an und für sich schon objectiv rechtswidrig ist oder nicht, das kann nicht in Betracht kommen. Und vernichtet er den Gegenstand, so begeht er eine Sachbeschädigung.

VI. Art und Weise der Begehung des Mundraubes.

Auf die Absicht, die den Thäter beim Mundraube leitet, deutet auch die Art und Weise hin, wie er verübt wird.

a) Der alsbaldige Verbrauch.

Wie oben ausgeführt worden ist, hätte das Gesetz auch den Verbrauch selbst als Art der Verübung hinstellen können; es hat jedoch schon an die Entwendung die Straffolgen geknüpft. Die Entwendung muss aber zum alsbaldigen Verbrauch vorgenommen werden, weil die Absicht eines allmählichen Verbrauchs nicht der Privilegierung wert erscheint.

So hat das Oberlandesgericht München [1]) eine Entwendung von Rauchtabak im Werte von nur 20 Pfennigen nicht für einen Mundraub angesehen, da die Thäterin „von der Absicht geleitet war, ihrem Ehemann damit ein Geschenk zu machen, um ihm hierdurch für einige Zeit einen Vorrath an Rauchtabak zu verschaffen“.

Dass aber der alsbaldige Verbrauch nicht gleichbedeutend ist mit einem sofortigen Verbrauch auf der Stelle, ist heutzutage allgemein anerkannt. Es hat schon für das preussische Recht das Obertribunal [2]) am 20. October 1852 entschieden, „dass in Bezug auf die

[1]) Entsch. d. O. L. G. München VI. 343.
[2]) Goltd. Arch. I. 267.

Entwendung von Esswaaren solche Continuität zwischen dem Entwenden und dem beabsichtigten Verzehren dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass die entwendeten Esswaaren, um sie in Sicherheit — — verzehren zu können, aus dem Lokal, wo die Entwendung stattgefunden hat, fortgetragen werden".

Nach heutigem Recht muss man wohl annehmen, dass die Absicht des Verbrauchs am nächsten Tage noch nicht die Anwendbarkeit des § 370 5 ausschliesst.

Ebenso zeigt sich die milde Beurteilung des Mundraubs auch in Folgendem:

b) Verübung durch Einbruch etc.

Nach der herrschenden Meinung kann der Mundraub auch durch Einsteigen oder Erbrechen etc. ausgeführt werden, ohne dass er mit einer schwereren Strafe geahndet wird.

So sagt das Oberlger. München [1]: „Die Anwendung des § 370 5 wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass — — die Entwendung unter einem der erschwerenden Umstände des § 243 geschah".

Auch nach unserer Ansicht ist dies insoweit richtig, als der § 243 St. G. B. jedenfalls keine Anwendung finden darf, da der Mundraub ja kein Diebstahl ist, und es im St. G. B. keinen Einbruchsmundraub, sondern nur einen Einbruchsdiebstahl giebt.

Hiergegen wendet sich Gerland [2]. „Einbrechen und Einsteigen, Mitnehmen von Waffen etc. bleiben unberücksichtigt, sofern die Thäter nur behaupten, sie hätten die Gegenstände ihrer That zur Nahrung oder zum Genuss alsbald verbrauchen wollen!"

Und wollen wir denn selber einen Menschen, der Wein oder Cigarren entwenden will, und dazu eine Fensterscheibe eindrückt, den Cigarrenschrank zerstört oder aufsprengt, ganz straflos lassen, wenn er zufällig keinen Wein und keine Cigarren findet? Im Gegenteil! Er hat dann immer noch eine Sachbeschädigung begangen; wie er einen Mundraub und eine Sachbeschädigung begangen hätte, wenn Wein vorhanden war.

Der Einbruchsdiebstahl ist ein sogenanntes „zusammengesetztes Verbrechen" [3]; es liegen zwei an sich rechtswidrige gegen ver-

---

1) Entsch. d. O. L. G. München. I. 126; ebenso Olsh. S. 1363, vergl. Motive Stenogr. Ber. über d. Verhdl. 1870. IV. 770. Berger S. 75, Frank S. 458.

2) Gerland. S. 370.

3) Liszt, 6. Aufl. 210.

der Qualität des entwendeten Gegenstandes täuscht, so liegt meiner Ansicht nach nur ein Versuch des Mundraubes vor, der straflos gelassen werden muss.

Wenn der Thäter sich überzeugt, dass der Gegenstand den er für ein Nahrungsmittel gehalten hat, nicht essbar ist, und er bringt ihn dem Eigentümer zurück, so muss er straflos ausgehen.

Behält er ihn aber trotzdem, so begeht er an ihm eine Unterschlagung, denn er eignet sich eine Sache rechtswidrig zu, die er in seinem Besitz hat. Ob der Besitz an und für sich schon objectiv rechtswidrig ist oder nicht, das kann nicht in Betracht kommen. Und vernichtet er den Gegenstand, so begeht er eine Sachbeschädigung.

VI. Art und Weise der Begehung des Mundraubes.

Auf die Absicht, die den Thäter beim Mundraube leitet, deutet auch die Art und Weise hin, wie er verübt wird.

a) Der alsbaldige Verbrauch.

Wie oben ausgeführt worden ist, hätte das Gesetz auch den Verbrauch selbst als Art der Verübung hinstellen können; es hat jedoch schon an die Entwendung die Straffolgen geknüpft. Die Entwendung muss aber zum alsbaldigen Verbrauch vorgenommen werden, weil die Absicht eines allmählichen Verbrauchs nicht der Privilegierung wert erscheint.

So hat das Oberlandesgericht München [1]) eine Entwendung von Rauchtabak im Werte von nur 20 Pfennigen nicht für einen Mundraub angesehen, da die Thäterin „von der Absicht geleitet war, ihrem Ehemann damit ein Geschenk zu machen, um ihm hierdurch für einige Zeit einen Vorrath an Rauchtabak zu verschaffen“.

Dass aber der alsbaldige Verbrauch nicht gleichbedeutend ist mit einem sofortigen Verbrauch auf der Stelle, ist heutzutage allgemein anerkannt. Es hat schon für das preussische Recht das Obertribunal [2]) am 20. October 1852 entschieden, „dass in Bezug auf die

---

[1]) Entsch. d. O. L. G. München VI. 343.

[2]) Goltd. Arch. I. 267.

Entwendung von Esswaaren solche Continuität zwischen dem Entwenden und dem beabsichtigten Verzehren dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass die entwendeten Esswaaren, um sie in Sicherheit — — verzehren zu können, aus dem Lokal, wo die Entwendung stattgefunden hat, fortgetragen werden".

Nach heutigem Recht muss man wohl annehmen, dass die Absicht des Verbrauchs am nächsten Tage noch nicht die Anwendbarkeit des § 370 [5] ausschliesst.

Ebenso zeigt sich die milde Beurteilung des Mundraubs auch in Folgendem:

b) Verübung durch Einbruch etc.

Nach der herrschenden Meinung kann der Mundraub auch durch Einsteigen oder Erbrechen etc. ausgeführt werden, ohne dass er mit einer schwereren Strafe geahndet wird.

So sagt das Oberlger. München [1]): „Die Anwendung des § 370 [5] wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass — — die Entwendung unter einem der erschwerenden Umstände des § 243 geschah".

Auch nach unserer Ansicht ist dies insoweit richtig, als der § 243 St. G. B. jedenfalls keine Anwendung finden darf, da der Mundraub ja kein Diebstahl ist, und es im St. G. B. keinen Einbruchsmundraub, sondern nur einen Einbruchsdiebstahl giebt.

Hiergegen wendet sich Gerland [2]). „Einbrechen und Einsteigen, Mitnehmen von Waffen etc. bleiben unberücksichtigt, sofern die Thäter nur behaupten, sie hätten die Gegenstände ihrer That zur Nahrung oder zum Genuss alsbald verbrauchen wollen!"

Und wollen wir denn selber einen Menschen, der Wein oder Cigarren entwenden will, und dazu eine Fensterscheibe eindrückt, den Cigarrenschrank zerstört oder aufsprengt, ganz straflos lassen, wenn er zufällig keinen Wein und keine Cigarren findet? Im Gegenteil! Er hat dann immer noch eine Sachbeschädigung begangen; wie er einen Mundraub und eine Sachbeschädigung begangen hätte, wenn Wein vorhanden war.

Der Einbruchsdiebstahl ist ein sogenanntes „zusammengesetztes Verbrechen" [3]); es liegen zwei an sich rechtswidrige gegen ver-

[1]) Entsch. d. O. L. G. München. I. 126; ebenso Olsh. S. 1363, vergl. Motive Stenogr. Ber. über d. Verhdl. 1870. IV. 770. Berger S. 75, Frank S. 458.

[2]) Gerland. S. 370.

[3]) Liszt, 6. Aufl. 210.

schiedene Rechtsgüter gerichtete Handlungen vor, und zwar dient die eine Handlung als Mittel zur Begehung der anderen. Wenn der § 243 nicht existierte, so würden Sachbeschädigung und Diebstahl neben einander treten.

Das ist aber der Fall bei einem Mundraub, der durch einen Einbruch realisiert wird. Beide Delicte treten in Idealconcurrenz, da nur eine einheitliche Handlung und nur eine Absicht vorliegt. Die Sachbeschädigung ist nur in den Vorsatz mit aufgenommen. Ebenso ist ja auch bei einem Raubmorde nur die Aneignung des Geldes beabsichtigt, und im Vorsatz ist das Verübungsmittel, der Mord, enthalten. — Wenn man dagegen einen Schrank mit einem falschen Schlüssel öffnet, ohne ihn zu beschädigen, oder bei der Ausübung eines Mundraubes Waffen bei sich führt, oder aus einer Kirche den Abendmahlwein entwendet, so wird man nur nach § 370^5 bestraft.

Die gegenteilige Ansicht vertritt Binding [1]. Er sagt: „Überschreitet ein Diebstahl oder eine Unterschlagung auch nur um ein Kleines oder auch nur für einen Mitthäter oder für den Anstifter die scharfen Grenzen des § 370^5, so geht für den Einthäter oder den einen Teilnehmer der sog. Mundraub ganz auf in Diebstahl oder Unterschlagung der §§ 242 und 246". — Mit Rücksicht auf § 349^3 des Pr. St. G. B., in dem zum Ausdruck gebracht ist, dass der Mundraub auch mittels Einbruchs oder Einsteigens in ein unbewohntes Gebäude erfolgen könne und auf den Wortlaut der Motive wird man der Ansicht von Binding nicht zustimmen können.

c) Concurrenz des Mundraubes und des Einbruchs-Diebstahls.

Wenn ein Mundraub unter den soeben geschilderten Umständen begangen wird, so kann es leicht vorkommen, dass sich der Thäter auch andere Gegenstände als Nahrungsmittel aneignet, weil die Gelegenheit hierzu gerade günstig ist.

Nehmen wir den Fall an, dass ein Mann einsteigt oder einen Schrank erbricht und zwar einzig und allein aus dem Grunde, um sich Nahrungsmittel anzueignen, dass er aber zufälligerweise auch Geld in dem Schrank findet und sich auch dieses mitnimmt.

Das Reichsgericht hat diesen Fall in mehreren Entscheidungen erörtert. Es fasst bekanntlich den Mundraub als Diebstahl und

---

[1]) Binding, Lehrb. 1896. S. 167.

daher die ganze That einheitlich auf. Es sagt[1]): „Die Einheit der That wird dadurch nicht alteriert, dass sich der ursprüngliche Diebstahlsvorsatz auf ein anderes Moment gerichtet hat".

„Vielmehr[2]) kann der nämliche Vorsatz, zu stehlen, sich nach der Seite der Objecte noch während der Ausführung verengern oder erweitern". Es kommt daher zu dem Schlusse[3]): „Wer durch eine That, nachdem er zwecks Mundraubs eingebrochen ist, Nahrungsmittel und andere Sachen stiehlt, hat eine Uebertretung und einen schweren Diebstahl in idealer Concurrenz begangen".

„Anders[4]) liegt der Fall, wenn der vor dem Einbruch gefasste Diebstahlsvorsatz nach dem Einbruch absorbiert worden ist — — — und demnächst infolge Diebstahlsvorsatzes ein neuer Diebstahl unter Benützung des früheren Einbruchs verübt wird".

Diese letztere Ansicht stimmt nun allerdings mit der vorerwähnten Entscheidung des Reichsgerichts nicht überein, welche in einem neuen Diebstahlsentschluss nur eine Erweiterung desselben Vorsatzes nach der Seite der Objecte erblickt.

Zu einem ähnlichen Resultat wie das Reichsgericht gelangt auch Fuld[5]), der aber keine einheitliche That und keine Idealconcurrenz, sondern zwei getrennte selbstständige Handlungen annimmt und Strafe wegen Mundraubs und wegen schweren Diebstahls eintreten lässt.

Wir können weder der Ansicht des Reichsgerichts noch der von Fuld beitreten.

In dem erwähnten Falle hat der Thäter die Absicht: die Lebensmittel, die sich in dem verschlossenen Schrank befinden, zum Verbrauch zu entwenden; den Vorsatz: diesen beabsichtigten Erfolg durch Erbrechen des Schrankes herbeizuführen. Er erbricht den Schrank, nimmt die Nahrungsmittel und hat damit das Delict des Mundraubes vollendet. Nun sieht er aber noch ausserdem unerwartet Geld in dem Schrank und, es treibt ihn ein vorgestellter Erfolg zu einem neuen Delict.

Er hat die Absicht, sich das Geld in dem Schrank anzueignen

---

[1]) R. G. Entsch. XIV. 312.

[2]) S. 315.

[3]) S. 316.

[4]) R. G. Entsch. III. 77.

[5]) Fuld 177, vergl. Frank 459.

und den Vorsatz, diesen Erfolg durch einfaches Wegnehmen herbeizuführen. Er kann ja gar nicht mehr den Vorsatz haben, den beabsichtigten Erfolg durch Erbrechen des Schrankes herbeizuführen, da der Schrank schon offen ist und unmöglich eine schon in der Vergangenheit liegende Thatsache in den Vorsatz zu einem Verbrechen aufgenommen werden kann.

Wenn ich nach M. gehe und dort zufällig meinen Feind treffe und beschliesse, ihn dort zu töten, so bin ich doch nicht vorsätzlich nach M. gegangen, um ihn zu töten.

Fuld [1]) jedoch ist dieser Ansicht, er behauptet: „Ist der primäre Wille des Diebes auch bei Beginn seiner That nur auf Genussdiebstahl gerichtet, so hat er doch in dem Augenblick, als er sich der anderen Sache bemächtigte, den Willen bethätigt, diese Aneignung durch die Mittel zu realisieren, die er bis dahin angewendet hatte“.

Demnach müsste ihn also Fuld auch wegen schweren Diebstahls bestrafen, wenn er etwa zu einem „zärtlichen Stelldichein [2])“ eingestiegen ist und bei der guten Gelegenheit etwas entwendet.

Aus welchem Grunde strafen wir denn den Einbruchsdiebstahl schwerer als den gewöhnlichen?

Doch offenbar deshalb, weil der verbrecherische Wille ein viel intensiverer sein muss, wenn der Aneignung ein schwer zu überwindendes Hinderniss entgegensteht; aus denselben Gründen wird ja auch die Unterschlagung milder bestraft.

Und wenn, wie in unserem Falle, der Schrank schon erbrochen ist, da steht doch der Aneignung des Geldes absolut kein Hindernis mehr entgegen.

Die Beurteilung, die Fuld der Sachlage angedeihen lässt, ist meiner Ansicht nach gar nicht zu rechtfertigen.

Die Ansicht des Reichsgerichts lässt sich sehr leicht daraus erklären, dass das Reichsgericht von vorn herein annimmt, wenn ein Mensch auch bloss Nahrungsmittel entwenden will, so kann man ruhig präsumieren, dass er auch die Absicht hat, im geeigneten Falle andere Gegenstände mitzunehmen. Und dass dies in vielen Fällen zutreffen wird, das wagen auch wir nicht zu bestreiten. Präsumiert werden darf es aber jedenfalls nicht.

---

[1]) Fuld S. 179.

[2]) Geyer 306.

Eine andere Präsumption stellt das Oberlandesgericht zu München [1]) auf: „Wer Nahrungs- oder Genussmittel von — — — unter Umständen entwendet hat, welche die Annahme rechtfertigen, dass er es nicht bloss auf die Entwendung dieser Gegenstände abgesehen hatte, andere Gegenstände vielmehr nur deshalb nicht fortgenommen hat, weil er solche nicht gefunden hat, ist wegen Diebstahls zu verfolgen".

Diese Präsumption geht nicht soweit, wie die des Reichsgerichts, denn sie verlangt doch wenigstens, dass Umstände vorliegen, die die Annahme eines Diebstahlsvorsatzes rechtfertigen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, in dem oben geschilderten Falle liegt 1. ein Mundraub und 2. ein einfacher Diebstahl vor und es muss auf jede Strafe einzeln erkannt werden, weil eine Vereinigung der Strafe für eine Uebertretung und ein Vergehen in eine Gesammtstrafe nicht stattfindet.

In dem anderen Falle, dass der Thäter keine Nahrungsmittel findet, wohl aber zufällig Geld, liegt naturgemäss strafloser Versuch des Mundraubes und einfacher Diebstahl vor.

Hat jedoch der Thäter zunächst die Absicht, Nahrungsmittel zu entwenden und eventuell auch Geld mitzunehmen, und diese beiden Absichten realisieren sich, so tritt Strafe aus § 370^5 und aus § 243^2 St. G. B. ein.

Der Delinquent hat nur in diesem Falle den Vorteil, nicht wegen schweren Diebstahls, sondern allein wegen Mundraubes bestraft zu werden, wenn zufällig kein Geld in dem Schrank sein sollte; denn seine Absicht war nur eine bedingte, die Bedingung ist nicht eingetreten, und damit ist die Absicht so gut wie nicht vorhanden.

Zu der hier vertretenen Ansicht, dass in dem ersten Falle nur eine Strafe aus § 242 und nicht aus § 243 St.G.B. eintreten darf, bekennt sich auch Friedländer [2]). Er führt aus, dass das Mittel stets in den Vorstellungskreis des Thäters aufgenommen werden muss und dass alles, was wir ohne Hinblick auf ein bestimmtes Ziel thun, nicht Mittel ist.

Zu demselben Resultat gelangt auch Geyer [3]) und zwar durch

---

[1]) Entsch. d. O. L. G. zu München. IV. 570.

[2]) Friedl. 404/405.

[3]) Geyer 304.

und den Vorsatz, diesen Erfolg durch einfaches Wegnehmen herbeizuführen. Er kann ja gar nicht mehr den Vorsatz haben, den beabsichtigten Erfolg durch Erbrechen des Schrankes herbeizuführen, da der Schrank schon offen ist und unmöglich eine schon in der Vergangenheit liegende Thatsache in den Vorsatz zu einem Verbrechen aufgenommen werden kann.

Wenn ich nach M. gehe und dort zufällig meinen Feind treffe und beschliesse, ihn dort zu töten, so bin ich doch nicht vorsätzlich nach M. gegangen, um ihn zu töten.

Fuld [1]) jedoch ist dieser Ansicht, er behauptet: „Ist der primäre Wille des Diebes auch bei Beginn seiner That nur auf Genussdiebstahl gerichtet, so hat er doch in dem Augenblick, als er sich der anderen Sache bemächtigte, den Willen bethätigt, diese Aneignung durch die Mittel zu realisieren, die er bis dahin angewendet hatte".

Demnach müsste ihn also Fuld auch wegen schweren Diebstahls bestrafen, wenn er etwa zu einem „zärtlichen Stelldichein [2])" eingestiegen ist und bei der guten Gelegenheit etwas entwendet.

Aus welchem Grunde strafen wir denn den Einbruchsdiebstahl schwerer als den gewöhnlichen?

Doch offenbar deshalb, weil der verbrecherische Wille ein viel intensiverer sein muss, wenn der Aneignung ein schwer zu überwindendes Hinderniss entgegensteht; aus denselben Gründen wird ja auch die Unterschlagung milder bestraft.

Und wenn, wie in unserem Falle, der Schrank schon erbrochen ist, da steht doch der Aneignung des Geldes absolut kein Hindernis mehr entgegen.

Die Beurteilung, die Fuld der Sachlage angedeihen lässt, ist meiner Ansicht nach gar nicht zu rechtfertigen.

Die Ansicht des Reichsgerichts lässt sich sehr leicht daraus erklären, dass das Reichsgericht von vorn herein annimmt, wenn ein Mensch auch bloss Nahrungsmittel entwenden will, so kann man ruhig präsumieren, dass er auch die Absicht hat, im geeigneten Falle andere Gegenstände mitzunehmen. Und dass dies in vielen Fällen zutreffen wird, das wagen auch wir nicht zu bestreiten. Präsumiert werden darf es aber jedenfalls nicht.

---

[1]) Fuld S. 179.
[2]) Geyer 306.

Eine andere Präsumption stellt das Oberlandesgericht zu München [1]) auf: „Wer Nahrungs- oder Genussmittel von — — — unter Umständen entwendet hat, welche die Annahme rechtfertigen, dass er es nicht bloss auf die Entwendung dieser Gegenstände abgesehen hatte, andere Gegenstände vielmehr nur deshalb nicht fortgenommen hat, weil er solche nicht gefunden hat, ist wegen Diebstahls zu verfolgen".

Diese Präsumption geht nicht soweit, wie die des Reichsgerichts, denn sie verlangt doch wenigstens, dass Umstände vorliegen, die die Annahme eines Diebstahlsvorsatzes rechtfertigen.

Wir kommen also zu dem Schlusse, in dem oben geschilderten Falle liegt 1. ein Mundraub und 2. ein einfacher Diebstahl vor und es muss auf jede Strafe einzeln erkannt werden, weil eine Vereinigung der Strafe für eine Uebertretung und ein Vergehen in eine Gesammtstrafe nicht stattfindet.

In dem anderen Falle, dass der Thäter keine Nahrungsmittel findet, wohl aber zufällig Geld, liegt naturgemäss strafloser Versuch des Mundraubes und einfacher Diebstahl vor.

Hat jedoch der Thäter zunächst die Absicht, Nahrungsmittel zu entwenden und eventuell auch Geld mitzunehmen, und diese beiden Absichten realisieren sich, so tritt Strafe aus § 370 [5] und aus § 243 [2] St. G. B. ein.

Der Delinquent hat nur in diesem Falle den Vorteil, nicht wegen schweren Diebstahls, sondern allein wegen Mundraubes bestraft zu werden, wenn zufällig kein Geld in dem Schrank sein sollte; denn seine Absicht war nur eine bedingte, die Bedingung ist nicht eingetreten, und damit ist die Absicht so gut wie nicht vorhanden.

Zu der hier vertretenen Ansicht, dass in dem ersten Falle nur eine Strafe aus § 242 und nicht aus § 243 St.G.B. eintreten darf, bekennt sich auch Friedländer [2]). Er führt aus, dass das Mittel stets in den Vorstellungskreis des Thäters aufgenommen werden muss und dass alles, was wir ohne Hinblick auf ein bestimmtes Ziel thun, nicht Mittel ist.

Zu demselben Resultat gelangt auch Geyer [3]) und zwar durch

---

[1]) Entsch. d. O. L. G. zu München. IV. 570.
[2]) Friedl. 404/405.
[3]) Geyer 304.

eine arithmetische Schlussfolgerung. Er sagt: Nach der Ansicht des Reichsgerichts sind folgende Fälle gleichzuachten.

A. steigt ein, um 2 Mark zu entwenden.

B. steigt ein, um Nahrungsmittel zu entwenden, findet keine und entwendet 2 Mark.

Wenn man nun von diesen beiden „gleichen Handlungen" das Stehlen von 2 Mark subtrahiert, so ergiebt es sich, dass A. wegen versuchten Einbruchsdiebstahls bestraft wird und B. straflos bleibt, und dies widerspricht dem mathematischen Satz: „Gleiches von Gleichem subtrahiert giebt Gleiches".

d) Verübung durch Raub, Betrug, Nötigung.

Der Raub ist im Deutschen Recht stets streng vom Diebstahl unterschieden und als ein besonderes Delict[1]) aufgefasst worden, das sich ja allerdings gegen fremdes Vermögen richtet, doch aber in der Hauptsache die allgemeine öffentliche Sicherheit bedroht.

Es sind zwar in unserem St. G. B. alle Begriffsmerkmale des Diebstahls in ihn aufgenommen, aber die Gewalt gegen eine Person oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben ist die Hauptsache. Daher ist es nur consequent, eine Wegnahme von Nahrungsmitteln, die unter Anwendung von Gewalt etc. ausgeführt wird, nicht als Mundraub, sondern als Raub aufzufassen und als solchen zu bestrafen[2]).

Dieselbe Ansicht vertritt schon für das Preussische Recht[3]) das Obertribunal: „Der an Esswaaren von unbedeutendem — — — verübte Raub ist aus § 231 und nicht aus § 349[3] . . ."

Ganz ebenso steht es mit dem Betruge. Wenn sich Jemand Nahrungsmittel zum Verbrauch auf die im § 263 St. G. B. angegebene Art und Weise verschafft, so kann er nicht nach § 370[5] bestraft werden. Da der zu Beschädigende selbst handelt, zwar ohne sich der verursachenden Bedeutung seines Thuns bewusst zu sein[4]), so kann man nicht recht eigentlich sagen, das Nahrungsmittel werde ihm entwendet.

Der Raub richtet sich, wie der Betrug, gegen fremdes Vermögen,

---

[1]) Liszt 409.

[2]) Ebenso Olsh. 1364; Frank 459.

[3]) Rechtspr. d. Kgl. O. T. Opph. XI. 94.

[4]) Liszt 439.

aber während der Raub die öffentliche Sicherheit des Leibes und Lebens bedroht, verletzt der Betrug Treu und Glauben im Verkehr. Der Kernpunkt der Handlung ist auch hier das Verübungsmittel: die Täuschung. Wenn durch die Täuschung fremdes Vermögen beschädigt ist, so kommt es gar nicht darauf an, dass der Thäter wirklich etwas erreicht; beim Diebstahl dagegen ist ein vollendetes Delict unmöglich, ohne dass der Thäter, wenigstens für einen Augenblick etwas erlangt hat.

Nehmen wir folgenden Fall an: Ein Lehrjunge redet seiner Meisterin vor, der Meister schicke ihn nach einer Flasche Bier; er erhält die Flasche und trinkt sie aus. Mag man auch in dem Austrinken einen Mundraub erblicken können, es kommt auf das Austrinken nicht mehr an, denn der Betrug ist vollendet, selbst wenn er die Flasche versehentlich zerbricht. Liszt [1]) sagt: „Die verbrecherische Handlung, welche als Verwirklichung der zum Begriffe eines anderen Verbrechens erforderlichen Absicht erscheint (Beispiel: die Aneignung der durch Diebstahl oder Betrug erlangten Sache) ist mit dieser zu einer Einheit zusammenzufassen, wenn diese Verwirklichung als dem gewöhnlichen Hergange entsprechend stillschweigend von dem Gesetzgeber vorausgesetzt wird".

Die Praxis, die den Mundraub als Diebstahl behandelt, muss natürlich aus diesem Grunde Betrugsfälle ausschliessen. Das Oberlger. Dresden [2]) führt als Grund an „weil die Wegnahme einer fremden Sache dadurch bedingt wird, dass diese Wegnahme ohne Zustimmung des Inhabers geschieht".

Die sogenannte Zechprellerei könnte niemals unter den Begriff des Mundraubs subsumiert werden, weil ja dem Delinquenten Eigentum und Gewahrsam an den ihm verabfolgten Speisen und Getränken übertragen wird, sodass also von einer Entwendung derselben nicht die Rede sein kann.

Selbst wenn man von einer Entwendung des Kaufpreises reden wollte, so wäre das Object wieder kein Nahrungsmittel, und die That fiele schon wieder aus diesem Grunde nicht unter den Begriff des Mundraubes.

Wenn Jemand bei Begehung eines Mundraubes auf frischer

---

[1]) Liszt S. 211.

[2]) Annal. d. Kgl. Sächs. O. L. G. zu Dresden. VI. 502; ebenso Stengl. Comm. 798.

sitzer, so würde ein Verletzter überhaupt fehlen in allen Fällen, wo der Mundräuber sich bereits im Besitze der Sachen befand".

Friedländer übersieht vollkommen, dass eben alle beide verletzt sein können.

VIII. Schlussfolgerungen.

Wenn wir nun die Hauptpunkte aus den vorangegangenen Erörterungen zusammenfassen, so ergeben sich nachstehende Schlussfolgerungen:

1) Der Mundraub ist nicht als ein privilegierter Fall des Diebstahls aufzufassen, sondern als ein Sonderdelict, das sich gegen fremdes Eigentum oder gegen fremden Gewahrsam oder gegen beides zugleich richtet.

2) Werden bei oder zur Verübung eines Mundraubes Handlungen vorgenommen, die den Kernpunkt eines anderen Delictes — z. B. des Raubes, Betruges, Hausfriedensbruches, der Nötigung, der Sachbeschädigung ausmachen —, so wird der Mundraub entweder von dem anderen Delict absorbiert oder beide treten in Concurrenz.

3) Die Absicht beim Mundraube ist der Verbrauch fremder Nahrungsmittel, die Erfüllung des Delicts ist jedoch schon in dem Augenblick der Entwendung gegeben,

4) Die Eigenschaft eines Gegenstandes als Nahrungs- oder Genussmittel ist darnach zu beurteilen:

a. ob der Gegenstand objectiv geeignet ist, zur Erhaltung des Körpers oder zur Anreizung der Nerven

und

b. ob der fragliche Gegenstand im speciellen Falle zum Verbrauch als Nahrungsmittel oder Genussmittel entwendet ist.

Dagegen kann es nicht darauf ankommen, ob der Gegenstand im Allgemeinen genossen zu werden pflegt.

Vor Allem müssen wir daran festhalten, dass das Gesetz eine erklärliche menschliche Schwäche, die leicht zum Mundraube führen kann, in mildem Lichte sieht und dass seine Tendenz dahin geht, nicht etwa durch eine enge Wortform Fälle auszuschliessen, bei denen eine gleich milde Beurteilung geboten erscheint.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

12

Der Landesverrat

in historischer, dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung.

Von

Dr. Max Epstein
Kammergerichts-Referendar.

BRESLAU 1898.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Einleitung.

Herostratos und Ephialtes! Die strahlende Helle griechischen Heldentums und griechischer Geistesgrösse wird durch nur wenige Schatten verdunkelt, und ob ihrer Spärlichkeit stechen diese wenigen nur um so mehr ab gegen den leuchtenden Glanz. Das ganze, für Kunst begeisterte und in dieser den höchten Idealen zustrebende Volk findet seinen Gegensatz in dem einen, dessen Namen nicht genannt werden sollte, den aber die Geschichte mit liebevoller Gewissenhaftigkeit erhalten und bewahrt hat: Herostratos. Und auch jenes Ideal der ausdauernden Tapferkeit, der hingebenden Liebe für das Vaterland, deren leuchtendes Beispiel die Perserkriege gewesen sind, hat seinen Verächter gefunden in: Ephialtes. Er war es, der den Persern einen verborgenen Weg über den Engpass von Thermopylä zeigte, und der nach der Schlacht bei Marathon gekrönte Dichter Simonides konnte den Spartanern, die dem Vaterlande die Treupflicht gewahrt hatten und an jener Stelle gefallen waren, die Worte in den Mund legen:

„ὦ ξεῖν' ἀγγέλλειν Λακεδαιμονίοις, ὅτι τῇδε
κείμεθα τοῖς κείνων ῥήμασι πειθόμενοι“.

Der Ephialtes unserer Tage würde nicht mehr jenes grauenhaft poetische, satanische Bild abgeben, wie es der griechische heut nach mehr denn zweitausend Jahren in der That abgiebt. Man würde heut sagen: er hat einen Pass in feindliche Gewalt gebracht und würde ihn etwa zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurteilen. Das Verbrechen aber, dessen er sich schuldig gemacht hat, nennen wir: Landesverrat. —

Hochverrat und Landesverrat! Das sind zwei Gipfel aller Strafgesetze. Und doch! Der Hochverräter ist, wenn man so sagen darf,

ein edlerer Mensch als der Landesverräter oder kann es wenigstens sein. Die Verfassung des Landes gewaltsam zu ändern, den Fürsten zu morden, das kann noch sittlichere Motive haben. Jene Verfassung kann innerlich überlebt, nichtswürdig, ungerecht, und jener Fürst kann ein grausamer Despot, ein Domitian sein. Ein schweres Verbrechen freilich bleibt der Hochverrat trotzdem, und wer durch ihn sein Ziel erreichen wollte und verfehlte, wird im besten Falle den Eindruck eines dramatischen Helden machen, dessen tragische Schuld die Katastrophe herbeiführte, aber vielleicht doch eines Helden. Die Möglichkeit einer edleren Gesinnung des Hochverräters gänzlich hinwegzuphilosophieren, erscheint bedenklich [1]). Dass auch er nur ein elender Egoist sei, der nichts weiter erstrebe, als sich von „Unlustgefühlen zu befreien", ist nichtssagend. Die Unlustgefühle können in besseren Zügen des Wesens begründet sein, und am Ende suchen wir wohl alle, uns von Unlustgefühlen zu befreien. Nur die Mittel dazu sind verschieden. Das Mittel aber soll auch beim Hochverräter nicht verteidigt werden; nur der Beweggrund, der das Mittel zur Anwendung brachte. Könnte also der Hochverräter noch eine gewisse Sympathie erwecken und seine Vertreter von dem Scheine des Martyriums umstrahlt erscheinen lassen, so gehört dem Landesverräter unsere ganze Verachtung. Er verletzt, was dem Menschen am teuersten und heiligsten ist, er verletzt das Vaterland; er sucht es Fremden zu überliefern, die der Heimat übel wollen, er begeht ein Verbrechen gegen eine der ursprünglichsten menschlichen Empfindungen. Hoc delictum naturae adversatur, sagt Carprow [2]). Durch die Jahrhunderte hat sich der Abscheu vor diesem Vergehen gegen Recht und Moral erhalten, und die Poesie ist nicht müde geworden, die That des Landesverräters in schwarzen Farben zu malen.

„Hippias,
Tyrann einst von Athen,
Der — weil verjagt — nun Vaterlands-Verräter",

sagt ein Dichter unserer Tage [3]), und der freiheitsdurstige Schiller spricht die Worte aus:

---

[1]) Geschehen bei Homberger: der Begriff des politischen Delikts. 1893. Seite 32.

[2]) Carpzow: Practicae novae imp. sax. rer. crim. qu. 41. de crimine laesae majestatis eiusque supplicio. n. 1; Ebenso W. H. Lauterbach: collegium theoretico-practicum zu Dig. XXXXVIII. 4; Jnst. lib. IV tit. 18. § 3 und cod. IX. 78 § 30 : § I.

[3]) Meerheimb: Psychodramen, Reclam Nr. 2604 S. 45.

„Nur zum Verräter werde nicht, das Wort
Ist ausgesprochen, zum Verräter nicht.
Das ist kein überschrittnes Mass, kein Fehler,
Wohin der Mut verirrt in seiner Kraft:
O, das ist ganz was andres — das ist schwarz,
Schwarz wie die Hölle“ [1]).

Die Schwere des Verbrechens bringt es mit sich, dass die Fälle des Landesverrats nicht häufig sind. In der Kriminalstatistik des deutschen Reiches finden wir den Landesverrat aufgeführt in Verbindung mit dem Hochverrat, den feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten und den Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. Für die 4 Deliktsarten zusammen gelten folgende Zahlen:

Angeklagt waren		Verurteilt wurden
im Jahre	Personen	Personen
1882	22	13
1883	44	10
1884	19	15
1885	32	16
1886	49	17
1887	51	26
1888	20	13
1889	6	2
1890	42	30
1891	49	14
1892	31	18
	365	174

Diese Zahlen sind verschwindend gegen diejenigen anderer Delikte. Die vier Verbrechen machen z. B. im Jahre 1892 nur $\frac{1}{29668}$

[1]) Schiller: Wallensteins Tod. Zweiter Aufzug, zweiter Auftr. Schiller: Jungfrau von Orleans. Dritter Aufzug, siebenter Auftr. Wieland: Geschichte des Agathon. Band II. Achtes Buch. 3. Kap.

der begangenen Verbrechen überhaupt, also nur 0,0000337 % aus [1]). Bei den obigen Zahlen fällt besonders auf die grosse Anzahl der Freisprechungen. Wenn die Kalamität der Massenhaftigkeit verfehlter und ungerechtfertigter Anklagen schon im allgemeinen unangenehm berührt, so ist das bei diesem Delikt besonders der Fall. Die Thatsache, dass fast die Hälfte der Personen freigesprochen werden, welche wegen der genannten Verbrechen angeklagt wurden, ist tief bedauerlich. Mag auch die Schwere der That und Strafe die Richter bei Aburteilung derselben peinlicher vorgehen lassen, als in anderen Fällen, mag auch die Überführung in diesen Fällen schwieriger zu bewerkstelligen sein, als in anderen, so dürfte es doch nicht vorkommen, dass man alljährlich eine so grosse Reihe Menschen wegen schwerer Verfehlungen gegen die Rechtsordnung nutzlos in den Anklagezustand versetzt. Die Betrachtung wirkt um so lästiger, wenn man erwägt, dass die Delinquenten der betreffenden Delikte keineswegs „Gewohnheitsverbrecher" sind. Mögen auch die folgenden Zahlen kein vollständig genaues Bild geben, insofern unter den Verurteilten wohl einige zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurteilte sich befinden, so sind sie doch wohl geeignet, diese Ansicht zu erhellen.

Die Vorbestrafungen gestalten sich statistisch nämlich folgendermassen. Es hatten von den Verurteilten

im Jahre	Vorbestrafung erhalten	eine Freiheitsstrafe schon verbüsst	und zwar von mehr als fünf Jahren	es verübten die That seit Abbüssung der Freiheitsstrafe binnen einer Frist von einem Jahr und darunter
1882	1	1	—	—
1883	2	1	—	—
1884	3	1	—	—
1885	3	3	—	2
1886	—	—	—	—
1887	2	2	—	2
1888	4	1	—	—
1889	1	1	—	—
1890	5	5	1	—
1891	6	5	—	?

[1]) Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Kriminalstatistik des Reiches nur auf etwa 20 % der im Reiche begangenen Strafthaten bezieht.

Man sieht: die Fälle sind nicht zahlreich, in welchen Personen ihr Vaterland verraten, und eine höhere sittliche Reife der Menschheit, die sich insbesondere auch im Verhältnis der Völker unter einander zeigen dürfte, wird auch diese wenigen verschwinden lassen [1]).

[1]) Was die folgende Darstellung anbelangt, so wird sie an einigen Stellen denselben Mangel wie die Kriminalstatistik haben und haben müssen; sie wird das Verbrechen des Landesverrates mit einigen anderen, insbesondere dem Hochverrat verquicken. Dies ist aber der Klarheit wegen und weil die scharfe Scheidung von Hochverrat und Landesverrat erst eine Errungenschaft neuester Zeit und auch heut noch nicht aller Nationen ist, unvermeidbar.

Historischer Teil.

A. Allgemeiner Überblick.

Der Begriff des Landesverrates hängt aufs Engste mit dem des Staates zusammen. Mit ihm entsteht er und mit ihm entwickelt er sich. Wie die physische Person, der Mensch, so wehrt auch der Staat, die erste juristische Person, sich mit aller Wucht gegen die Kräfte, die seine Existenz zu untergraben suchen. Das aber kann von zwei Seiten aus unmittelbar geschehen: von Aussen d. h. seitens einer anderen staatlichen Gemeinschaft und von Innen, seitens eines seiner eigenen Glieder, welche irgendwie seiner Gewalt unterstehen. Die Angriffe von Aussen wehrt er durch die in der betreffenden Zeit üblichen, völkerrechtlichen Mittel ab: diplomatische Noten, Retorsion, Repressalien, Krieg. Gegen die Feinde im Innern sucht er sich durch Aufstellung von Rechtssätzen zu sichern. Die inneren Feinde können ihn nun auf zwei Arten angreifen: sie können entweder offen gegen seine Existenz operieren, mit Waffengewalt sein Gebiet einem anderen Staate einverleiben oder seinen Monarchen, als den Repräsentanten der Staatspersönlichkeit, ermorden. Sie können sich aber auch mit seinen äusseren Feinden heimlich verbinden und mit diesen oder durch diese an seinem Untergange arbeiten [1]). Gegen beide Arten des Angriffs stellt der Staat Normen auf, welche alle diejenigen Handlungen verbieten, die geeignet sind, seine Persönlichkeit anzutasten und nennt die Übertretung der Normen, welche sich auf die erst geschilderte Art des Angriffs beziehen: Hochverrat, die der zweiten Art: Landesverrat.

Setzt das Verbrechen des Hochverrats zu seiner Ausbildung nur voraus, dass ein Staat, ein organisches Gemeinwesen existiert, in

[1]) Die genaueren Ausführungen siehe Seite 51 ff.

welchem eine feste oberste Gewalt besteht, so erfordert der Landesverrat compliziertere Grundlagen. Er setzt nicht nur einen Staat, sondern ausserdem noch mindestens einen Staat voraus, mit welchem sich Angehörige des ersteren einlassen können. Ein gemeinsames Agieren mit wenigen nicht zum Staate gehörigen Personen, welche nur als Einzelne in Betracht kommen, wäre nimmermehr Landesverrat und auch ein höchst harmloses Beginnen. Bedeutungsvoll kann das Handeln und Unterhandeln mit Fremden für den heimischen Staat erst werden, wenn hinter diesen Fremden eine Macht, insbesondere eine Kriegsmacht steht, wenn die Fremden im Namen dieser Macht handeln. —

Aus dem Gesagten geht hervor, dass sich die Normen, deren Übertretung der Landesverrat ist, erst in einer entwickelteren Kulturepoche bilden können, während der Begriff des Hochverrats naturgemäss früher entsteht. Erst wenn sich die Gemeinwesen scharf von einander gesondert haben, die einzelnen mit ihrer eigentümlichen geographischen Lage, ihrem Klima, ihrer Sprache, Religion und Intelligenz einen selbstständigen Weg gehen, selbstständige Interessen haben, welche mit denen anderer Gemeinwesen collidieren können, erst dann finden wir das Verbrechen des Landesverrats oder wenigstens einzelne Satzungen darüber. Daher sind denn auch die Bestimmungen über dieses Verbrechen nur spärlich bei den Völkern des Altertums und den wenig oder garnicht zivilisierten Völkern der Jetztzeit; sie sind spärlich überall da, wo ein Staat die Welt beherrscht und keine äusseren Gegner zu fürchten hat wie Rom in der ersten Kaiserzeit und das heilige römische Reich in seiner Blüte. Haben aber auch Völker dieser Arten Satzungen über den Landesverrat, so treten dieselben nicht als selbstständige Normen auf, sondern fast immer in Verbindung mit dem Hochverrat, als dessen Bestandteil sie erscheinen.

Die meisten Völker hatten die schwersten Strafen für den Hochverrat schlechthin. Die Aufstellung einzelner Gattungen des Hochverrats ist ein Produkt moderner Entwickelung.

Die Perser bestraften den Hochverräter mit dem Tode, ebenso die Macedonier[1]. Und auch das finden wir bei diesen beiden

[1] Feuerbach: Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats. 1798. Seite 9.

Völkern, dass man auch die nächsten Verwandten des Hochverräters mit ihm zugleich tötete, quo tristior periret, wie Curtius lib. 8 cap. 8 sagt.

Bei den Römern finden wir verhältnismässig früh Bestimmungen über Landesverrat, während die germanische und insbesondere die deutsche Rechtsgeschichte nur eine geringe Ausbeute liefert. Erst am Ende des vorigen Jahrhunderts erlangt der Landesverrat eine selbstständige Bedeutung, entscheidend wirkte das Allgemeine Landrecht in Preussen.

Zu einer Zeit, wo wir über dieses schwere Verbrechen in deutschen Gesetzgebungen nur wenige Bestimmungen treffen, liefert uns ein Land im fernen Westen ausgiebigeres Material: es ist das Land der Azteken in Amerika. Und es mutet sonderbar an, zu bemerken, wie die hauptsächlichsten Anordnungen, welche die alte Welt getroffen hatte, auch in diesem Reiche ähnlich bestanden haben [1]. Auch bei den Azteken büsste mit dem Hochverräter die Familie die That mit; die Verwandtschaft bis zum vierten Grade wurde versklavt — eine Reminiscenz der lex quisquis zugleich [2]. Dies wurde verordnet vom König Nezahualcoyotl, dem „mexikanischen Numa, dem berühmten Staatsordner und Gesetzgeber im Reiche Tezcuco", dem Nachbarreiche Mexicos, welcher von 1431—1472 regierte [3]. Ähnlich war es in Michoacan und Tlaxcala. Auch die Bestimmung, welche unser deutsches Reichs-Strafgesetzbuch (R. St. G.) im § 139 enthält, war den Azteken bekannt. Wer nämlich von dem Vorhaben eines Landesverrats wusste und es nicht anzeigte, wurde zum Sklaven gemacht [4]. Der Landesverräter selbst wurde ebenso wie auch der Hochverräter in Stücke gehauen. War der Landesverräter ein Vasallenfürst, so wurde er gesteinigt d. h. es wurde sein Kopf zwischen zwei Steinen zerschmettert; sein Vermögen wurde confisciert. Es ist das eine Nebenstrafe des Landesverrats, welche wir fast bei allen Völkern und zu allen Zeiten wiederfinden werden. Statt der Strafe der Steinigung konnte auch die der Erdrosselung eintreten. Diese letztere

---

[1] Kohler: das Recht der Azteken in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Band XI. Seite 1 ff.

[2] Kohler a. a. O. Seite 82.

[3] Veytia historia pag. 421 ff.

[4] Gomara: Cronica de la Nueva España Madrid 1749 und Torquemada XIV. 16. Madrid 1723. — Letzterer war der Geschichtsschreiber Mexicos in der Mitte des 16. Jahrhunderts. Kohler Seite 83.

Strafe traf stets den Gehülfen. Nach dem Gesetze Nezahualcoyotl's a. 5. war es insbesondere strafbar, bei ausgebrochenem Kriege einen Angehörigen der feindlichen Kriegsmacht zu beherbergen. Wer es that, wurde in Stücke gehauen; die Stücke wurden zum Spiele der Kinder(!) auf den Markt geworfen, seine Habe verfiel der Vernichtung. Wenn jemand zwischen zwei Staaten des Reiches Feindseligkeiten erregte, so wurde er nach den Gesetzen des Landes Tezcuco lebendig verbrannt. Ferner finden wir eine Bestimmung des sogen. diplomatischen Landesverrates, insofern der Gesandte, der seinen Auftrag nicht ausführte oder entgegen seinen Aufträgen handelte, mit dem Tode büssen sollte. Schliesslich bleibt noch zu erwähnen eine Anordnung des Militärstrafrechts der Azteken: es wurde nämlich der Soldat, welcher einen Feind entschlüpfen liess, mit dem Tode bestraft. Dieselbe Strafe traf denjenigen, der dem Feinde irgendwelche Kunde oder Warnung brachte. Ähnliche Bestimmungen galten in Michoacan. — Wenn auch nicht das Instückehauen und Versklaven, so finden wir doch die wesentlichsten Satzungen der Azteken bei den Völkern wieder, denen wir uns jetzt zuwenden wollen.

B. Die besonderen Bestimmungen über den Landesverrat.

I. Im römischen Recht.

1. Das ältere römische Recht.

In den Zeiten des ältesten römischen Rechtes nach gesetzlichen Bestimmungen über Landesverrat zu suchen wäre vergeblich. Jene Zeiten hatten überhaupt kein Gesetz, geschweige eines über Landesverrat. In jenen Zeiten gab es kein Strafrecht, sondern nur Rache. Und die blieb auch für die Verräter nicht aus. Es ist uns überliefert, dass man Verräter vom tarpejischen Felsen stürzte, und dass unter diesen Verrätern sich nicht nur Hochverräter befanden, ist wohl anzunehmen. Auch andere Strafen finden wir für Verräter: man liess sie von Pferden zerreissen oder weihte sie den Göttern der Unterwelt [1]). Aber alles dies waren Akte der Willkür, der Rache, Rechtsnormen gab es nicht [2]). Der Regent verfuhr nach Gutdünken.

---

[1]) Feuerbach a. a. O. Seite 65 ff.
[2]) lex 2 § 1. D. de orig. jur. I. 2.

Allerdings soll Romulus „verordnet“ haben, dass Verräter den diis manibus geweiht werden sollten, aber ob das wirklich ein regelrechtes „νόμος προδοσίας“ war und wie viel von der Überlieferung überhaupt wahr ist, lässt sich nicht feststellen. Einen Fortschritt brachte hier, wie überall im Rechtsleben, die Gesetzgebung der XII Tafeln.

Die Dezemvirn sollen Bestimmungen über landesverräterische Unternehmungen gegeben haben; aber im einzelnen ist nur wenig bekannt. Angeblich erwartete Todesstrafe denjenigen, qui hostem concitaverit, quive civem hosti tradiderit [1]). Der Name für alle Feindseligkeiten gegen den römischen Staat war perduellio.

Mit der Erstarkung des republikanischen Gedankens entwickelte sich der Begriff der majestas populi und es konnte, da doch am Ende jede Rechtsverletzung ein Angriff gegen die „Würde“ des Volkes ist, jegliches Verbrechen ein crimen laesae majestatis populi sein. In der That charakterisierte man auch die verschiedenartigsten Thatbestände derart, insbesondere natürlich diejenigen, welche sich direct auf die res publica bezogen. In diesem Sinne kommt zuerst ein lex Apuleia aus dem Jahre 652 a. u. c. in Betracht. In dieser lex wurden die Flüchtlinge von dem Heere des Qu. Canulus, welcher gegen die Cimbern gefochten hatte, für Majestätsverbrecher erklärt [2]). Der Urheber des Gesetzes war der Volkstribun Apuleius Saturninus. — Im Jahre 664 a. u. c. wurde ein neues Majestätsgesetz auf Anregung des Tribunen Qu. Varius Hybrida erlassen. Hiernach sollten diejenigen, welche die Bundesgenossen zum Kriege gegen die Römer reizen würden, des crimen majestatis schuldig sein [3]).

Durchgreifend gegenüber diesen Gelegenheitsgesetzen reformierte Cornelius Sulla. Er gab im Gegensatz zu den dekretartigen Bestimmungen der früheren Zeit zuerst eigentliche Gesetze [4]). Seine lex Cornelia von 673 a. u. c. richtete sich im allgemeinen gegen diejenigen, welche die Majestät des römischen Volkes verletzten; die einzelnen Fälle wurden festgesetzt. Wir finden darunter aufgeführt: Kriegführen, Anwerben von Soldaten u. a. Die Strafe, welche das Gesetz androhte, war das exilium; zuständig für die Verhandlung und Aburteilung wurde eine neu errichtete quaestio. Zur Zeit der

[1]) Feuerbach S. 71.
[2]) Cicero de orat. II. 25. 49.
[3]) Cicero pro Mil. c. 36; Tuscul. II. 24. Valer. Max. III cap. I n. 8.
[4]) Berner Lehrbuch des Strafrechts 16. Aufl. S. 341.

lex Cornelia hatte sich der Begriff der perduellio noch neben dem des Majestätsverbrechens gehalten. Durch die lex Julia de vi et majestate von Cäsar wurde er obsolet[1]).

Schon kündigte sich die Zeit an, wo majestas rei publicae und majestas imperatoris synonym wurden, und nicht mehr lange, so wurden alle politischen Delikte und insbesondere alle diejenigen, welche mit der geheiligten Person des Kaisers in irgend welcher Beziehung standen, für Majestätsverbrechen erklärt. Damit ging eine furchtbare Verschärfung der Strafen Hand in Hand. Hatte schon Cäsar den Majestätsverbrechern die Provokation an das Volk aus naheliegenden Gründen verboten[2]), so war Augustus der erste, der durch Ausdehnung des Verbrechens die Willkürgesetzgebung der Folgezeit anbahnte[3]).

2. Das Recht des corpus juris.

Die Quellen für den Landesverrat im corpus juris civilis sind: Dig. XXXXVIII. 4. ad legem Juliam maj., ferner Cod. IX. 8. ad legem Juliam maj. und zerstreute Stellen in allen Teilen der justinianischen Codifikation.

Im allgemeinen ist ein Rückschritt der gesetzgeberischen Technik zu konstatieren. Hatte nämlich das ältere Recht wenigstens Ansätze zu einer selbstständigen Behandlung des Landesverrats gemacht, so verschwinden dieselben jetzt völlig, und mühsam müssen wir einzelne Bestimmungen aus den krausen Gesetzen herausholen. Natürlich bildet der Hochverrat das Prinzipalverbrechen, welchem der Landesverrat untergeordnet ist. Wenn man sich die äussere Stellung Roms zur Zeit des Erlasses der betreffenden Gesetze vergegenwärtigt, wird man

---

[1]) Rosshirt: Geschichte und System II Seite 21 merkt an, dass das judicium perduellionis nicht mit Erstarkung der Republik, insbesondere nicht unter Sulla, in das judicium majestatis übergegangen sei, sondern letzteres sei zunächst für einzelne Fälle erfunden worden und, nachdem der Begriff der majestas fester geworden, seien — und zwar besonders unter Sulla — mehr und mehr Verbrechen darauf bezogen worden. So sei zuletzt das crimen laesae majestatis auch aufgestellt worden, wo es sich um die Integrität und die Heiligkeit der personificierten Staatsgewalt handelte im Gegensatz z. B. zum crimen de vi, mit welchem das crimen majestatis zwar oft den Thatbestand gemeinsam haben konnte, das aber nur den gemeinen Frieden im Auge hatte. Vgl. auch Seite 25 ebenda.

[2]) Cicero Phil. I. 3.

[3]) Tacitus Anm. I. 72.

das wohl verstehen. Wir können gemäss § 1 D. ad leg. Jul. den Landesverrat definiren, als denjenigen Teil des Majestätsverbrechens, welcher adversus securitatem populi Romani committitur.

Legen wir bei der folgenden Darstellung die Einteilung unseres R. St. G.s zu Grunde, so ergiebt sich folgendes:

I. Wer sich mit dem Feinde einlässt, um denselben zu einem Kriege gegen Rom zu veranlassen, wird, ebenso wie derjenige, welcher dem Feinde einen römischen Bürger überliefert, mit dem Tode bestraft [1]). Vorausgesetzt ist hier wie überall, dass nicht eine besondere Erlaubnis zur That vorliegt, wie etwa im ersten Falle für den Gesandten, vielmehr muss animus hostilis vorhanden sein [2]).

II. Ein Römer, welcher, während eines gegen Rom ausgebrochenen Krieges, die Waffen gegen Rom trägt, macht sich ebenfalls des Majestätsverbrechens schuldig [3]).

III. Auch § 89 R. St. G.s in seiner allgemeinen Fassung hat in der lex Julia ein Analogon, insofern sie sich gegen diejenigen richtet, qui dolo molo fecerint, quo hostes populi Romani consilio iuventur adversus rem publicam [4]). Hinzu zu nehmen sind die Worte der lex 4: factum dolo malo cuius dicitur, quo minus hostes in potestatem populi Romani veniant; cuiusve opera dolo malo hostes populi Romani commeatu armis telis equis alienave re adiuti erint. Die Aufzählungen dieser lex sind das Gegenstück zu § 90 R. St. G.s.

IV. Es werden jedoch noch ausserdem besonders wichtige Fälle der Vorschubleistung an verschiedenen Stellen erwähnt und wir können folgende aussondern. Es ist verboten:

1. das Heer zu verlassen oder zu den Feinden überzugehen [5]); ferner die Armee des römischen Volkes in einen Hinterhalt zu locken und dann den Feinden zu verraten,
2. Festungswerke oder Lager im Kriege aufzugeben [6]),
3. zu bewirken, ut ex amicis hostes populi Romani fiant z. B. also es dahin zu bringen, dass rex exterae nationis populo Romano minus obtemperet, ebenso dass magis obsides pecunia

[1]) lex 3 l. c.
[2]) Matthaeus: de crimin. ad libr. 48 et 49 Dig. 1661. S. 288.
[3]) lex 1 § 1. D. l. c.
[4]) Ibid.
[5]) lex 2. D. l. c.
[6]) lex 3. D. l. c.

iumenta hostibus populi Romani dentur adversus rem publicam,

4. irgendwelche schriftlichen Nachrichten an den Feind zu senden z. B. Operationspläne [1]),
5. den Feind aliave re zu unterstützen, also etwa durch Aufnahme feindlicher Kundschafter [2]),
6. einen Aufstand unter Angehörigen der römischen Kriegsmacht zu erregen [3]).

V. Die Fassung aller Gesetze lautet: qui oder ähnlich in dem Eingang. Die Bestimmungen scheinen sich also nicht nur an Römer zu wenden. Dennoch wird man annehmen müssen, dass gegen Ausländer wegen der betreffenden Handlungen nicht nach den ordentlichen Gesetzen verfahren wurde. crimen majestatis ab iis dumtaxat committitur, qui supremae alicuius potestati natura aut iure subiecti sunt: natura, qui subditi nascuntur, iure, qui in civitatem recepti aut bello subacti sunt. Patet autem latius subditi, quam civis nomen. Civis quippe ille dumtaxat, qui civitatis communione gaudet, seu natus ex parente utroque cive, seu iuxta leges assumtus. Subditi autem, non cives sunt incolae, servi ac provinciales [4]).

VI. Die Strafe des Majestätsverbrechens trifft auch denjenigen, welcher

1. Nachrichten, von denen er weiss, dass ihre Geheimhaltung für das Wohl des Staates erforderlich ist, vorsätzlich dem Feinde mitteilt [5]),
2. ope consilio dolo malo es dahin gebracht hat, dass provincia vel civitas hostibus prodita est [6]),
3. quive iniussu principis bellum gesserit, dilectumve habuerit, exercitum comparaverit, quive, cum ei in provincia successum esset, exercitum successori non tradidit: quive imperium populi Romani deseruerit: qui privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit, quive quid eorum, quae supra scripta sunt, facere curaverit.

---

[1]) lex 1. cit.
[2]) lex 4 Dig. l. c.
[3]) lex 1. cit.
[4]) Matthaeus a. a. O. pag. 279.
[5]) lex 1 § 1 D. cit.
[6]) lex 10 D. l. c.

VII. Als eine feste Nebenstrafe erscheint die Konfiskation der Güter. Wir werden im Laufe der Darstellung sehen, dass diese Zusatzstrafe beim Verrat in den Gesetzen fast aller Zeiten und Völker wiederkehrt. Selten ist sie jedoch so schroff durchgeführt worden, wie im römischen Recht.

An dieser Stelle setzte die lex quisquis besonders ein. Die lex 11 D. l. c. bestimmt für die Majestätsverbrecher nur: Hereditas fisco vindicatur plane non quisque legis Juliae majestatis reus est in eadem condicione, sed qui perduellionis reus est hostili animo adversus rem publicam vel principem animatus: ceterum siquis ex alia causa legis Juliae majestatis reus sit, morte crimine liberatur.

Diese Stelle hat zu Kontroversen Anlass gegeben. Man hat darüber gestritten, ob aus ihr zu folgern sei, dass die Römer jener Zeit einen Unterschied zwischen dem perduellis und dem majestatis reus gemacht hätten. Weiske bemerkt[1]), dass zwar zu der Zeit, als die lex Julia majestatis gegeben ward, alles in ihr Enthaltene crimen majestatis, dass aber nach späterem und insbesondere justinianischem Rechte nicht mehr alles in diesem wichtigen Gesetze Vorkommende crimen majestatis gewesen sei. Demgemäss unterscheide die lex 11 cit. nicht den perduellis und den majestatis reus, vielmehr diesen letzteren, der jenem gleich steht, von dem, welcher nur legis Juliae majestatis reus ist[2]).

VIII. Streitig ist ferner der Begriff des animus hostilis, wie auch der Begriff des Vorsatzes nach dem R. St. G. nicht unbestritten ist.

Weiske, welcher, unserer Ansicht nach, zutreffend perduellio und crimen majestatis nicht unterscheidet, setzt den animus hostilis gleich dolus.

Hepp dagegen meint in Rücksicht auf lex 21 § 1 D. de capt.,

---

[1]) Weiske, Hochverrat und Majestätsverbrechen der Römer. Seite 10.

[2]) Vgl. dazu folgende Stellen: lex 1 Cod. IX. 8; § 5 I. de hered. III. 1; lex 1 § 3 D. d esuis et leg. XXXVIII. 16; lex 2 Cod. XXXX. 50; lex 86 § 1 D. de a. vel o. her. XXIX. 2; lex 20 D. de accus. XXXXVIII. 2; lex 6—8 Cod. IX. 8; lex 4 § 4 Cod. de haer. I. 5; lex 10 Cod. de bon. IX. 49; ferner lex 31 § 4 D. de donat. XXXIX. 5; § 3 I. de publ. jud. IV. 18; lex 35 D. de relig. XI. 7; insbes. ferner lex 4 D. de jure patronatus XXXVII. 14; lex 9. D. 48. 4. Entsprechend übrigens erklärt Weiske das „aliquid" in § 3. J. IV. 18 auch als dasjenige, was die Gesetze dahin gehörend bezeichnen. Vgl. dagegen Homberger a. a. O. Seite 24.

dass unter animus hostilis diejenige Absicht zu verstehen sei, welche in exitium rei publicae gerichtet sei. Der Hochverräter müsse also diejenige Gesinnung haben, welche ein förmlich erklärter Feind, ein hostis, gegen den Staat hege, mit welchem er Krieg führt, animus hostilis sei ein technischer Ausdruck im römischen Rechte und charakterisiere gerade den Hochverräter. Der Aufruhr z. B. sei rücksichtlich des Objekts, gegen das er gerichtet, nicht wesentlich vom Hochverrat verschieden, animo hostili verübt, werde er zu einer Unterart desselben [1]). — Was im Anschluss daran die Frage des Versuchs betrifft, so ist folgendes zu bemerken: Das crimen majestatis erstreckt sich nur auf Handlungen, welche das Sein des Staates verletzen, nicht auf solche, welche das Dasein der res publica überhaupt vernichten sollten [2]). Schon hieraus geht hervor, dass es nicht so sehr auf den Erfolg, die Verwirklichung des Verbrechens zu seiner Strafbarkeit ankommt. Denn gerade die Verwirklichung des Landesverrates wird leicht straflos sein. Dem römischen Recht kommt es hier, wie stets darauf an, den verbrecherischen Willen, die voluntas criminis, zu bestrafen. So wird schon das Complottieren an sich als vollendetes Majestätsverbrechen bestraft, wenn durch dasselbe eine hochverräterische Handlung z. B. eine seditio herbeigeführt werden sollte. So gelangte das römische Recht denn zuletzt zu jener Überspannung der Hochverratsstrafen, wie sie die lex quisquis zeigte [3]).

---

[1]) Hepp: die Bestimmungen des römischen Rechts über den Hochverrat im Archiv des Kriminalrechts 1837. Seite 338 ff.

[2]) Weiske a. a. O. Seite 49.

[3]) Im gemeinen Recht hat man hier besonders zu reformieren gesucht. Grolmann wollte allerdings die Unzulässigkeit einer Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung des Hochverrats wissenschaftlich begründen, indem er deducierte: der Hochverrat sei nur eine Art des Verrates überhaupt; zum Thatbestande dieses letzteren werde aber nur ein Treubruch durch Begünstigung und Unterstützung des Feindes des Verratenen, nicht aber dessen wirkliche Beschädigung erfordert. Mit Recht hat Zachariä (über den Versuch des Verbrechens des Hochverrats im Archiv des Kriminalrechts 1838. S. 221 ff.) auf das Irrige dieser Deduktion hingewiesen. Sie beruht nämlich auf der falschen Voraussetzung, dass alle Fälle des crimen majestatis einen Verrat im eigentlichen Sinne d. h. einen Treubruch durch Begünstigung und Unterstützung der Feinde des Verratenen enthielten, während dies in Wahrheit nur bei bestimmten Fällen, insbesondere denjenigen, welche wir jetzt Landesverrat nennen, zutrifft. Eine fernere unrichtige Voraussetzung ist die, dass angenommen wird, der Verrat stehe unter ganz exceptionellen kriminalistischen Bedingungen. Warum aber soll gerade er, die „ganz singuläre Eigenschaft haben,

Die lex quisquis aus dem Jahre 397 n. Chr. ist ein Gesetz der Kaiser Arcadius und Honorius. Sie steht lex 5 C. ad leg. Jul. maj. und beginnt mit dem Verbrechen des Landesverrats: „Quiquis cum militibus vel privatis, barbaris[1]) etiam scelestam inierit factionem aut factionis ipsius susceperit sacramenta vel dederit, ... ipse quidem utpote majestatis reus gladio feriatur, bonis eius omnibus fisco nostro addictis: filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter lenitate (!) concedimus (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii, criminis exempla metuentur) a materna vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos umquam honores, nulla prorsus sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solacio et vita supplicio. Denique jubemus etiam eos notabiles esse sine venia, qui pro talibus umquam apud nos intervenire temptaverint. Ad filias sane eorum, quolibet numero fuerint, Falcidiam tantum ex bonis matris, sive testata sive intestata defecerit, volumus pervenire, ut habeant mediocrem potius filiae alimoniam quam integrum emolumentum ac nomen heredis. Mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus. — Wichtige Rechtsgeschäfte solcher sind nullius momenti . . . . Id, quod de praedictis eorumque filiis cavimus, etiam de satellitibus consciis ac ministris filiisque eorum simili severitate censemus. Sane siquis ex his in exordio initae factionis, studio verae laudis accensus, ipse prodiderit factionem, (Kronzeugen) et praemio a nobis et honore donabitur. is vero, qui usus fuerit factione, si vel sero, tamen incognita adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolutione tantum ac venia dignus

dass es ganz einerlei ist, welche Beschaffenheit die Handlung hat, durch welche der Verrat begangen wird?" (Zachariä S. 234.) Es wird also zu sagen sein: Alle Vorbereitungen zu der die Ausführung des hochverräterischen Unternehmens unmittelbar bezweckenden Handlung stellen den Versuch des Hochverrats dar, weswegen z. B. ein Briefwechsel mit dem Feinde, solange es bei blossen Unterhandlungen geblieben und noch nicht z. B. ein Staatsgeheimnis verraten ist, nur einen versuchten Landesverrat ausmachen kann.

[1]) Klein: Grundsätze des peinlichen Rechts § 588 nimmt an, dass unter „barbari" die im Reiche befindlichen Barbaren gemeint gewesen seien, wodurch die Stelle den Charakter einer Bestimmung gegen den eigentlichen Hochverrat bekäme.

habebitur . . . Post divi Marci constitutionem hoc iure uti coepimus, ut etiam post mortem nocentium hoc crimen inchoari possit, ut convicto mortuo memoria eius damnetur et bona eius successoribus (!) eripiantur: nam ex quo sceleratissimum quis consilium cepit, exinde quodammodo sua mente punitus est. Sic et divus Severus et Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit neque alienare neque manumittere eum posse, nec ei solvere iure debitorem Magnus Antoninus rescripsit. In hac causa in caput domini servi torquientur, [id est propter causam maiestatis (?)]. et si decesserit quis, propter incertam personam successoris bona observantur, si in causa maiestatis fuisse mortuus arguatur ut Severus et Antoninus litteris ad rationales missis rescripserunt.

Dass die unglaubliche Härte dieser lex durch spätere Kommentatoren noch vermehrt ist, lässt sich nicht bezweifeln. So hat man behauptet: aus der Stelle „eadem enim severitate voluntatem sceleris . .“ folge, dass auch schon die verbrecherische Gesinnung bestraft worden sei. Wenn aber das römische Recht von voluntas sceleris redet oder wenn es den dolus dem factum gleichstellt, so thut es dies stets „unter stillschweigender Anerkennung des ausnahmslosen Rechtsprinzips: poenam cogitationis nemo patietur“. So ist auch in lex 5 cit. der dort gebrauchte Ausdruck nur auf das Einlassen in eine Verschwörung zu beziehen [1]). Dagegen geht es zu weit, die landesverräterische Aufreizung eines auswärtigen Feindes zum Kriege gegen das Vaterland als eine blosse Versuchshandlung auffassen zu wollen [2]). Das hat auch das R. St. G. nicht gethan.

Auf das in lex 5 cit. vorkommende Wort „consciis“ hat man trotz Cujacius und Gothofredus die Ansicht gegründet, dass die Römer schon eine Anzeigepflicht beim Hochverrat statuiert hätten [3]). Baldus soll gesagt haben: „die Seele des Bartolus wird dafür in der Hölle gepeinigt werden und auch den Richtern und Beisitzern, welche jenen Satz befolgten, wird es nicht besser gehen; sie sind Mörder“. Nicht nur ein Blick auf nov. 117 cap. 8, sondern auch die ungekünstelte Interpretation lehrt, dass conscius nichts weiter bedeutet als socius. —

Einzelne Bestimmungen über Landesverrat finden wir dann noch

---

[1]) Zachariä a. a. O. Seite 345.

[2]) Derselbe Seite 365.

[3]) Hepp a. a. O. Seite 390.

in lex 5 D. de re mil. XXXXIX 16, nach welcher is, qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur, ferner in lex 8 § 2 und lex 38 § 1 de poen. 48. 19; welche ebenfalls von Überläufern handeln.

Überblicken wir die Bestimmungen des römischen Rechtes im ganzen, so ist hier nicht jene Technik zu konstatieren, welche wir an den Meistern des Civilrechts bewundern. Um so bedauerlicher, dass diese Bestimmungen die Folgezeit beherrschten und sich bis in unsere Tage erhielten.

II. Im germanischen Recht.

1. Ältere Zeit.

„Proditores et transfugas arboribus suspendunt", erzählt Tacitus in seiner Germania. Der Landesverrat, dieses unmittelbare Verbrechen gegen das Gemeinwesen, galt den alten Germanen als ein besonders schwerer Friedensbruch[1]). Aber ob wirklich die Todesstrafe auf ihn gesetzt war, ist zu bezweifeln. Der Ausspruch des Tacitus ist wohl nur auf diejenigen Fälle zu beziehen, in welchen der Verräter in flagranti ertappt wurde[2]). Man hat zwar behauptet, dass der Landesverrat zu den wenigen Verbrechen gehört habe, welche mit öffentlicher Strafe belegt gewesen wären, aber in Wahrheit unterschied sich das Verbrechen des Landesverrats in dieser Beziehung keineswegs von vielen andern Friedensbrüchen.

Verrat war den Germanen gleich Treubruch und er wurde um so schwerer, je enger der Verband gewesen war, gegen den er sich richtete[3]). Hinterlist, der Gegensatz der Treue, galt als das Merkmal des Verrates, wiewohl man zugeben müssen wird, dass die Hinterlist nicht das Wesen des Landesverrats ausmachte. Das Wesen war vielmehr stets das Objekt, gegen welches der Verrat sich richtete.

Tacitus berichtet ferner, dass derjenige, welcher in der Schlacht den Schild weggeworfen und feige die Flucht ergriffen habe, recht- und ehrlos geworden sei[4]). Wir werden jedoch auch diesen Satz modificieren

---

[1]) Cäsar bell. gell. VI. cap. 23 berichtet, dass diejenigen, welche dem Kriegsrufe ihres Prinzeps nicht folgten, als ehrlos und rechtlos behandelt worden seien.

[2]) Wilda, das Strafrecht der Germanen 1842 S. 986.

[3]) Homberger d. pol. Del. Seite 26.

[4]) Tacitus Germ. cap. VI a. E.; vgl. auch hist. IV. 28.

müssen. Saxo erzählt nämlich: si quis in acie primum fugam capesseret, a communi iure alienus existeret, habe König Frotho verordnet[1]). Also es wurde nicht jede Flucht aus der Schlacht mit Rechtlosigkeit bestraft, sondern nur die des zuerst Fliehenden.

In dieser älteren Zeit tritt der Verrat als ein solcher an Land und Volk in den Vordergrund; mit der Zeit stellte er sich dar als Verrat gegen den König, den Repräsentanten des Gemeinwesens. Der Bestand und die Sicherheit des Volkes, das war der Angriffspunkt des Landesverrats; er umfasste alle die Handlungen, welche darauf abzielten, die Sicherheit und die ungestörte Existenz des Gemeinwesens zu gefährden. Im einzelnen konnte das geschehen durch Erregung von Feindseligkeiten, Beförderung der kriegerischen Unternehmungen der Feinde oder aber auch dadurch, dass man diejenigen Obliegenheiten verletzte, zu welchen jeder wehrhafte Mann verpflichtet war.

Betrachten wir die Quellen näher, so sehen wir folgendes:

Die lex salica (von etwa 450 n. Chr.) enthält keine Bestimmungen über den Landesverrat.

Die lex ripuaria (um 550) enthält im cap. 71 § 1 de eo, qui regi infidelis extiterit, den Satz: si quis homo regi infidelis extiterit, de vita componat et omnes res eius fisco censeantur. Auffällig ist die Allgemeinheit der Fassung des Gesetzes, welche alles mögliche in sich begreift.

Von der lex Alamannorum (um 720) behandelt der Titel XXIV den Hauptfall des Hochverrats. Titel XXV lautet: si homo aliquis gentem extraneam infra provinciam invitaverit, ut ibi praedam vastet hostiliter, vel domos incendat, et de hoc convictus fuerit, aut vitam perdat aut in exilium eat, ubi Dux miserit, et res eius infiscentur in publico. Dann bedroht Titel XXVI eos, qui in exercitu litem commiserint, mit dem Tode und Konfiscation der Güter. Ja auch ein Ansatz zum sog. diplomatischen Landesverrat findet sich im Titel XXVIII, welcher von demjenigen handelt, qui sigillum aut mandatum ducis neglexerit.

König Erichs seel-Rt. II 31. pag. 94 bestimmt: Das soll man auch wissen, dass niemand sein Land verwirken mag, ausser wenn er aus dem Reich geht und mit einem fremden Kriegsheer gegen sein eigenes Land zieht und es bekriegt, dann hat er jeden Pfennig,

[1]) Saxo lib. V.

der ihm im Land gehört, gegen den König verwirkt, beides: Land und anderes Gut. Denn man nennt das: den feindlichen Schild gegen das Reich tragen.

Die lex Bajuvariorum (von 740) handelt in cap. 1 vom Hochverrat, cap. 3 sagt: si quis seditionem excitaverit contra ducem suum, quod Bajuvarii carmulum dicunt, dann soll der Rädelsführer dem Fürsten 600 sol. Busse zahlen; alii homines, qui eum secuti sunt illi similes et consilium cum ipso habuerunt, (Complott) unus quisquam cum 200 solidis componat. Nach cap. V endlich wird derjenige bestraft, qui in exercitu scandalum excitaverit.

Die lex Burgundionum (von 515), ebenso die lex Frisionum (von 750), die lex Angliorum et Werinorum (von 802) und die lex Saxonum enthalten nichts über den Landesverrat.

Kaum hierher gehörig ist vom edictum Theoderici (von 512) art. 107, insofern darin qui auctor seditionis vel in populo vel in exercitu fuerit, incendio concremetur. Dass sich diese Bestimmung nur gegen hochverräterische Unternehmungen wenden sollte, ist sicher.

Das Ostgötalag sagte cap. 30: Trifft man den Mann, welcher ein ausländisches Heer in sein Land führt, trägt er den Schild über den Grenzwald, bekriegt er sein eigenes Land, brennt er, bindet er Leute und führt sie fort, wird er dessen mit Zeugen überwiesen, so hat er sein Eigen verwirkt, sein Leben und alles, was er im Land und in der Provinz besitzt. Von seinem Gut bekommt ein Drittel der, welcher Schaden erlitten hat, das andere Drittel der König, das dritte das Volk.

Das Frostathingslag III 3 erklärte es als „das grösste Nidingswerk, wenn ein Mann Land und Leute des Königs verrät, und wenn der König jemanden der Landesverräterei beschuldigt, so soll man Männer von seinem Hof ernennen, die gleicher Geburt mit dem sind, der sich der Beschuldigung erwehren soll. — Sie sollen des Königs Brief und Siegel haben und die Sache in einer Landschaft anhängig machen, in welcher der König sich nicht aufhält. Das ist ferner Nidingswerk, wenn man in Unfrieden ausläuft und sein eigenes Land bekrieget, ohne den Frieden aufgesagt zu haben (!). Alle die daran teilnehmen, sind in gleicher Weise friedlos“.

Zu erwähnen ist dann noch die lex Wisigothorum (von 600), welche im lib. VIII tit. 2 § 1—8 de his, qui ad bellum non vadunt, handelt. § 1 spricht insbesondere von denjenigen, qui in exercitu

praepositi sunt atque commodis corrupti aliquem de expeditione domum redire permiserint; § 3 von demjenigen praepositus, der vom Heere entflieht, § 5 von dem decanus, der seine Dekanie im Stich lässt und nach Haus eilt. § 8 lautet: ideo decernimus: si quaelibet adversitas contra partem suam commota extiterit . . . vel quicumque in easdem provincias vel territoria superveniens infra centum milia positus . . . mox a duce seu comite . . . admonitus ad defensionem gentis vel patriae nostrae paratus non fuerit cum omni virtute sua . . .

Von der lex Langobardorum (von 643) enthält Bestimmungen über den Landesverrat nur das edictum Rotharis. Dies aber leitet uns schon zu einer folgenden Periode hinüber.

2. Fränkische Zeit.

Schon das ältere Recht hatte die Flucht aus dem Kampfe als einen Verrat an den Kampfgenossen dargestellt. Die Kampfgenossen waren Kampfesbrüder. Die Nähe der Verwandtschaft war ja auch von Bedeutung für die Aufstellung im Heere. Die alemanische Verordnung ist ein deutliches Beispiel dafür, dass man solche landesverräterischen Handlungen im germanischen Rechte als Verletzungen individueller Rechte auffasste [1]); bestimmte sie doch zur Strafe solcher Missethaten Erlegung des Wergeldes an den Kampfgenossen, den man schmählich verlassen hatte.

Einen Übergang von dieser Auffassung zu einer allgemeineren, moderneren, welche den Landesverrat als Verbrechen gegen das Land, das Volk oder den König, als Repräsentanten desselben, betrachtet, zeigt das edictum Rotharis. c. VIII: si quis contra inimicos pugnando collegam suum dimiserit aut astalium eum fecerit id est eum deceperit et cum eo non laboraverit, animae incurrat periculum [2]). Also: Die Worte „collegam suum“ zeigen noch ganz die alte Anschauung, die Strafe zeigt das neue Element. Stärker hatte den Gesichtspunkt des Verrats an dem Herrscher ein Gesetz des Königs Cnut (c. 75) betont, wenn es sagte: Und der Mann, der seinem Herrn oder seinem Gefährten aus Feigheit entflieht, sei es auf einer Schifffahrt oder einer Landfahrt, verliere alles, was er hat und auch selbst sein Leben; der Herr greife zu seinen Gütern und zu seinem

[1]) Wilda a. a. O. Seite 988.
[2]) Cap. VI. behandelte das levare seditionem in exercitu.

Lande, das er ihm früher gab. Und wer Buchland hat, das falle dem König zu Händen. —

Die Missethaten gegen den König wurden schwerer gebüsst als diejenigen gegen andere Personen. Und wenn auch das römische crimen majestatis den Germanen trotz scheinbarer Andeutungen fremd blieb, so berief man sich doch öfter auf die römischen Gesetze, hauptsächlich wohl, um die schweren Strafen gegen Hochverräter, welche „oftmals den Charakter einer wilden Rache des Siegers über den Besiegten trugen, möglichst zu rechtfertigen. Die weitere Entwickelung der Gewalt des Königs, welcher gleichsam Träger des in einen Königsfrieden sich verwandelnden Volksfriedens, der Träger der Persönlichkeit des Staates wurde, hatte aber nun die Folge, dass auch alle Arten des Landesverrats als zunächst gegen den König gerichtete Missethaten angesehen wurden und unter den verschiedenen Arten des Hochverrats nun die Nachstellung gegen das Leben des Königs, gleichsam als die erste und schwerste vorangestellt wurde[1])". So bestimmte ja auch schon das edictum Rotharis in cap. IV: si quis inimicum regis intra provinciam invitaverit aut introduxerit, animae suae incurrat periculum et res eius infiscentur. Das Edikt unterscheidet zwei Arten des Hochverrats. „Zur ersten, durch welche Leben und alles Gut verwirkt war, gehörte ausser Lebensnachstellung gegen den König der Übergang zu dem Feinde und Einführung desselben in das Land; zur anderen Klasse, welche keine Einziehung des Vermögens zur Folge hatte und bei welcher wohl auch das Leben durch 900 Schillinge gelöst werden konnte, gehörte verräterische Entweichung aus dem Kampf, Anzettelung eines Aufstandes gegen den Anführer auf der Heerfahrt[2]), wenn man Spionen oder die dem König nachstellten heimlich Obdach und Nahrung gab". In diesem Sinne galten folgende Bestimmungen des Edikts: cap. V: si quis scamaras intra provinciam celaverit aut annonam dederit, animae suae incurrat periculum aut certe componat DCCCC regi[3]). —

[1]) Wilda Seite 992.

[2]) Cap. VI cit.

[3]) Nach Grimm: Rechts. Alt. Seite 635 bedeutet scamara an dieser Stelle: Räuber. Damit lässt sich aber nicht vereinen, dass die Klagformel für jene Missethat lautet: spina Regis intra provinciam celasti aut annonam dedisti. Nach richtiger Ansicht ist scamara gleich Spion. Vgl. Kohler: Studien aus dem Strafrecht VI. Seite 679. Anm. 2.

Die Auffassung, dass die politischen Verbrechen Missethaten gegen den König wären, ist in Deutschland niemals mit dem Nachdruck aufgetreten wie in den Staaten, welche durch Gefolgschaften begründet worden waren. Hier betrachtete man jene Verbrechen nicht so sehr als Verrat des wechselseitigen Treuverhältnisses unter den Genossen, man sah in ihnen vielmehr Verstösse gegen das Ergebenheitsverhältnis gegenüber dem Gefolgsherrn, dem Landesherrn. In England und auch in Frankreich, wo sich schon früh eine starke monarchische Gewalt gebildet hatte, wurden alle Delikte, insbesondere aber der Hochverrat als Treubrüche gegen den König aufgefasst [1]).

Wirksam war diese Auffassung jedenfalls auch im fränkischen Reich, wo die Verbrechen gegen das Gemeinwesen in den Begriff der Infidelität gegen den König und in den des Majestätsverbrechens zusammengefasst wurden [2]). Dieser Gesichtspunkt machte sich auch bei der Behandlung des Verbrechens der Heeresflüchtigkeit, der herisliz, geltend. Herisliz beging, wer das Heer auf der Fahrt treulos verliess oder wer unerlaubter Weise nach Haus zurückkehrte, ehe der Feldzug beendet war, schliesslich auch, wer aus der Schlacht verräterischer oder feiger Weise entwich [3]). Die Capitularien nennen solche Handlungsweise Majestätsverbrechen und drohen dem Thäter die Todesstrafe an. So das Capit. Ticinense a. 801, in cap. 3: si quis adeo contumax aut superbus exstiterit, ut demisso exercitu absque jussu vel licentia regis domum revertatur et, quod nos theudisca lingua dicimus heriliz, fecerit, ipse ut reus majestatis vitae periculum incurrat et res eius in fisco nostro socientur [4]).

Äthelreds Gesetz V. 21. sagte: Und wenn jemand ohne Erlaubnis die Heerfahrt verlässt, bei welcher der König selbst ist, so gefährdet er sich selbst und all seinen Grundbesitz: und wer sonst die Heerfahrt verlässt, ist schuldig, 120 sol. zu zahlen. Also: bei den Angelsachsen machte es einen wesentlichen Unterschied in der

---

[1]) Walter: Deutsche Rechtsgeschichte § 729.

[2]) Vgl. capit. Paderborn. 785 c. 12; Gregor. Turon. V. 26, 28; VI. 37; IX. 13. 14; X. 19.

[3]) Wilda a. a. O. Seite 987.

[4]) Vgl. auch capit. Bonon. a. 811. c. 4 p. 172.

Bestrafung, ob der König selbst oder ein anderer Feldherr das Heer anführte [1]).

Auf dem Boden der soeben mitgeteilten Bestimmungen stehen im wesentlichen auch die Rechtsbücher.

3. Die Zeit der Rechtsbücher.

Der Sachsenspiegel (Ssp.) (um 1120) sowohl als auch der Schwabenspiegel (Swsp.) (um 1275) enthalten nur wenige Bestimmungen über den Landesverrat. Es ist auch hier wieder das Verbrechen der Heeresflüchtigkeit, welches in beiden Rechtsbüchern die Hauptrolle spielt. Der Ssp. spricht sich in Buch I Landrecht art. 40 [2]) unter der Überschrift: „We so trüwelos beredet wert“ folgendermassen aus: we so trüwelos beredet wert oder herulüchtich ut des rikes deneste, dem nordelt men sine ere unde sin lenrecht unde nicht sin lif. Ähnlich der Swsp. Nr. 49 [3]). Er setzt nur zu dem Vorigen noch hinzu: vnd also ob der herre selbe niht entflichet, flichet derer herre selbe nah des flohte brichet nimen sine triwe. Damit ist nicht gesagt, dass die Rechtsbücher andere Arten der Verräterei etwa frei ausgehen liessen. Vielmehr konnte in anderen Fällen die Blanketbestimmung zur Anwendung kommen, welche der Ssp. in Buch II art. 13 mit der Überschrift: „wie man Ungerichte richtet“, und der Swsp. unter Nr. 174 enthielt und welche lauteten: Alle Mörder etc. Verräter, Mordbrenner . . . die soll man alle radebrechen.

Im Anschluss hieran seien noch die ähnlichen Bestimmungen des Ostfriesischen Landrechts erwähnt. Der summarischen Aufzählung der schwersten Verbrechen, wie sie die erwähnten Stellen des Ssp. und Swsp. geben entspricht im Ostfries. Landr. Buch I Cap. 59, welches lautet: Die 16 Willkühr meldet, dass alle Friesen ihre Missethaten mit Gelde oder Gute büssen oder abkaufen mögen, ausgenommen in fünf Fällen: 1. Kirchenräuber . . . 4. Verräter der Friesslanden, welche gesäcket werden sollen. Eine eingehende Betrachtung findet der Landesverrat aber in cap. 50 dieses Gesetzbuchs. Es heisst darin: „Die Unterthanen sollen sich wider ihre Obrigkeit nicht auflehnen“; es folgt dann eine Definition des crimen laesae ma-

[1]) Vgl. als Analogie lex Bajuv. II. 4. § 1.
[2]) Ssp. ed. Sachsse 1848.
[3]) Swsp. herausgeg. von Lassberg 1840.

jestatis als des Verbrechens, welches dadurch geschieht, dass „ein Unterthan seinem Herrn widerstrebet und sich gegen ihn aufsetzet mit Worten oder Werken oder wider denselben oder das gemeine Recht oder eine Stadt oder ein Dorf, welche dem Herrn dieses Landes zusteht, die Waffen ergreifet; desgleichen auch wenn jemand zu seines Herrn Feinde übergehet und demselben auf einige Weise mit Waffen, Geld, Rat und That behülflich ist.“ Diese Definition ist sicherlich brauchbar, und ihre starken Anklänge an modernste Gesetze sprechen für ihren Wert. Von Interesse ist dann eine Bestimmung in demselben Capitel, welche besagt, dass man, um das crimen majestatis zu beweisen, auch solche Zeugen im Gerichte zulässt, welche „sonsten in anderen Sachen nicht genügen können, als Frauenspersonen, berüchtigte und arme Leute (!), Dienstboten, Eltern und Kinder und welche unter 20 Jahren alt seyn“. Schliesslich sei noch einer Reminiscenz der lex quisquis Erwähnung gethan: „Ob auch gleich der Mann, welcher . . . dem Herrn und seinen Verwandten die Feinde über den Hals zu ziehen auf andere Weise gesucht hätte, darüber mit Tode abgienge, so mag man dennoch einen solchen aufrührerischen Mann auch nach seinem Tode mit Zeugen überführen. Und gleich diese Missethat nach Landrecht mit dem Schwert gestrafet wird, also setzet auch das Kayserliche Recht eben dieselbe Strafe samt dem Verlust aller nachgelassenen Güter. Und wenn gleich ein solcher die That nicht vollführet, es wäre aber zu erweisen, dass er doch den Willen, selbige zu vollbringen, gehabt hätte, so ist die Strafe gleich gross. Dass man der Obrigkeit als seinem angeborenen Herrn unterthan und gehorsam sein solle, solches lehret deutlich S. Paulus ‚an die Römer‘ im 13. cap. und S. Petrus in der 1. Epistel cap. 2“.

Im Lehnrecht wird der Landesverrat als Bruch der Lehnstreue aufgefasst[1]) und entsprechend als Verrat gegen den obersten Lehnsherrn. Aber das änderte sich mit der Zeit. Der Kaiser kann ja nicht in allen Landen sein, sagt der Ssp. (art. 52) und so treten naturgemäss an seine Stelle die Leiter der betreffenden Territorien. In dieser Form begegnen wir dem crimen laesae majestatis im gemeinen Recht und insbesondere in der goldenen Bulle wieder. Bevor

[1]) Homberger a. a. O. Seite 27.

wir auf die Besprechung dieser eingehen, betrachten wir kurz zwei weitere Phasen der Rechtsentwickelung.

III. Im canonischen Recht.

Das corpus iuris canonici beschäftigt sich nicht viel mit dem Landesverrat. Das canonische Recht folgte dem römischen. In Betracht kommt eigentlich nur eine einzige Stelle des c. i. c., es ist die causa 6 qu. 1 can. 22. Sie enthält die lex quisquis, welche aber hier eine lex siquis geworden ist.

IV. Bei den italienischen Praktikern und im italienischen Statutarrecht.

I. Die italienischen Praktiker müssen bei einer vollständigen historischen Entwickelung strafrechtlicher Ideen berücksichtigt werden, nicht nur wegen ihrer „inneren Vortrefflichkeit“ [1]) und deshalb, weil wir in ihnen die Auffassung der Zeit kennen lernen, in welcher sie lebten, sondern hauptsächlich darum, weil sie für die deutsche gemeinrechtliche Gesetzgebung und für die Strafrechtswissenschaft von hoher Bedeutung geworden sind.

In dem Bestreben, die in praktischer Geltung stehenden Bestimmungen des römischen Rechts möglichst wörtlich zu nehmen, römischer zu denken als die Römer, folgten die italienischen Juristen den Glossatoren [2]).

Clarus (Julii Clari opera omnia Venetiis 1640. liber V § laesae majestatis crimen) handelt vorzugsweise vom Hochverrat. Nur gelegentlich erwähnt er Beispiele, die dem Verbrechen des Landesverrats angehören, so der custos „arcis seu castri, qui illud tradat hostibus“. Interessant ist die von ihm aufgeworfene Frage: numquid ille, qui non est subditus Principi, dicatur contra eum committere crimen laesae maiestatis und seine Beantwortung dieser Frage, welche im Gegensatz zu unserer Auffassung einfach lautet: quod non, si ratione originis vel domicilii ei non sit subditus, non dicitur committitur contra eum crimen. Dagegen weicht Clarus in der Darstellung der Bestimmungen über die vermögensrechtlichen Nachteile der Hochverräter vom römischen Recht ab: licet hodie, secundum

---

[1]) Luden Abhandlungen Band I. 1836.

[2]) Zachariä a. a. O. Seite 535.

ius commune, bona damnatorum non confiscentur . . . Überhaupt, sagt er, müssten die Strafen der lex quisquis, vernunftgemäss beschränkt werden, insbesondere aber die Bestrafung der nächsten Angehörigen des Hochverräters, cum sit contra iuris regulam, qua cavetur, unum pro alio in delictis puniendum non esse; et est communis opinio. Die Bestimmungen des corpus iuris werden auf das feinste kasuistisch behandelt z. B. wirft Clarus die Frage auf, an dictae poenae locum habeant solummodo in filiis natis post delictum patris, an autem etiam in natis ante delictum. Dagegen hält Clarus daran fest, dass bei dem Hochverrat singulärerweise der affectus sine effectu bestraft werde, er erklärt dies als communis opinio.

Eine Fülle von anregenden Gedanken bietet Farinacius. (vgl. Prosperi Farinacii praxis et theoricae pars quarta.) Completus iste titulus ad laudem Dei, die 10. Novembris 1604. Er stellt ebenfalls den Hochverrat als ein Verbrechen mit besonderen, ausserordentlichen Eigentümlichkeiten dar; er verfällt hierbei in die Aufstellung des — wie wir zeigen werden — durchaus zu missbilligenden Satzes, dass die Beteiligung des princeps schwerer sei als selbst der Vatermord, quod princeps est omnium pater. (quaestio 112.) Die Schwierigkeit einer Definition des Hochverrats erkennt Farinacius an, falsch sei es aber darum, einfach die Summe der Merkmale dieses Verbrechens in einen Satz zu stellen und dies eine Definition zu nennen; dies verstosse gegen die logische Grundregel, dass die Definition geschehe per genus proximum et differentiam specificam. Die inspec. VI der quaestio 112 spricht von dem Fall, dass der Hochverrat gegen das eigene Vaterland begangen wird. Jedoch zählt der Jurist wenig hierher gehörige Beispiele und Sätze auf, zu erwähnen ist nur der Fall dessen, qui revelat secreta populi suae et patriae suae. Inspec. VIII bespricht die Regel, quod crimen laesae maiestatis non committitur a non subdito und erwähnt eine hier nicht interessierende Ausnahme. Wenn Farinacius dann sagt: differt enim proditor a reo criminis laesae maiestatis et a rebelle, so glauben wir schon die Dreiteilung: Hochverrat, Landesverrat und Majestätsbeleidigung einschliesslich der militärischen Verbrechen zu bekommen, aber die Einteilung des Juristen beruht auf anderen Gesichtspunkten. Inspect. 1. Der quaestio 113 zählt Beispiele auf, die dem Landesverrat angehören, so als zweiten Fall die desertio, als dritten den des transfuga; quartus est casus in praestante auxilium seu consilium hostibus prin-

cipis und hier erwähnt er als Beispiele die Fälle, in denen man den Feind commeatu armis telis equis pecunia aliave re adiuvit. Der fünfte Fall ist derjenige des signum dans, der sechste dessen, qui hostibus principis nuntium vel litteras miserit. Von da an handelt der Jurist, mit dem Complott beginnend, wesentlich vom Hochverrat. Die inspect. II derselben quaestio bespricht die rebellio, die inspect. V die seditio, die inspect. VI den sog. diplomatischen Landesverrat insbes. den Verrat von Staatsgeheimnissen. Farinacius untersucht gründlich den Begriff des Geheimnisses. Nötig ist 1. quod pluribus non est notum 2. quod tractatur in consilio 3. quod coram pluribus fit, secrete tamen 4. quod vulgus ignorat. Im eigentlichen Sinne kann nach Ansicht des Juristen dieses Verbrechen nur von einem Beamten, nicht von einem tantum subditus begangen werden; jedoch erleidet auch der letztere die Todesstrafe. Was den Begriff der parduellio anlangt, so deckt er sich nach ihm mit dem des crimen laesae maiestatis; im eigentlichen Sinne werde perduellionis reus genannt, qui regnum principis affectat. (inspect. IX.) Die Strafen der lex quisquis werden recipiert; auch die z. B. bezüglich der Kinder des Verräters (quaestio 116. § III); ebenso schliesst sich Farinacius in der Behandlung der Versuchslehre an das römische Recht möglichst wörtlich an; auch nach ihm ist die Aufnahme der römischen Satzungen communis opinio. Zum Schluss erwähnt er noch einige Sonderbestimmungen des Hochverrats. 1. quod in eo (crimine) proceditur summarie, de plano, sine strepitu ac figura iudicii, das heisse aber nicht praecipitanter. 2. quod proceditur per inquisitionem, accusationem et denuntiationem. 3. Dass im Falle der Notorietät des Delikts citatio non requiritur et potest princeps bona aufferre.

Soweit Farinacius, von dessen Darstellungen die übrigen Juristen nicht wesentlich abweichen. Vgl. Durantis spec. iuris liber IV tit. de accus. § 1 und Gandinus tract. malef. Erwähnt sei, dass Angelus Aretinus der erste ist, welcher deutlich von dem Hochverrat den Landesverrat aussondert.

II. Kapitularien und Volksrechte entwickelten sich im alten deutschen Reich wohl weiter, aber diese Entwickelung zeigte sich in keinerlei schriftlichen Aufzeichnungen, vielmehr nur im Gerichtsgebrauche[1]).

---

[1]) Rosshirt, Geschichte und System I. Seite 33, 34.

Anders in dem deutschen Reichslande Italien. Hier finden wir in eben jener Zeit geschriebenes Recht in den Städten. Dieses Recht beruht wesentlich auf dem des römischen. Vom edictum Rotharis, mit welchem die historische Entwickelung des Statutarrechts beginnen muss, ist schon an anderer Stelle gehandelt[1]). Von bedeutendem Einfluss ist hier wie in der germanischen Rechtsentwickelung des Mittelalters das Lehnrecht. So galt es auch als eine Art Landesverrat, wenn jemand ohne staatliche Erlaubnis in eine neue Treuverbindung, ein neues Lehenverhältnis trat. So in Bologna, Todi, Spoleto, Lucca. (Kohler Seite 687, 688.) Die Strafe war meist Geldstrafe. Was den Begriff des Landesverrats betrifft, so lässt sich derselbe aus dem Hochverratsgesetz Heinrichs VII. von 1313 entnehmen: sunt . . . infideles . . . imperii, qui quomodocumque occulte contra nostrum honorem infidelitatis opera faciunt et in imperii prosperitatem aliquid machinantur. Man beachte dieses „occulte", welches wir bei der Abgrenzung des Landesverrats vom Hochverrat verwerten wollen. Was die Strafe des Landesverrats betrifft, so begnügen sich Como, Pistoja, Bergamo, Bologna, Novara und andere mit schweren Vermögensstrafen, während Parma, Mailand, Florenz, Salo, Monterubbiano, Brescia, Modena, Livorno, Elpidio, Fermo die qualifizierten Todesstrafen des Vierteilens, Schleifens und andere haben. Im einzelnen sei erwähnt, dass Cerea, Bologna, Pistoja, Pisa, Florenz, Alessandria das Einlassen mit dem Feinde mit Geldstrafe sühnen, während in Salo und Cremona derjenige, welcher einen Krieg gegen sein Land erregt, mit dem Tode bestraft wird. Wer gegen sein Vaterland die Waffen trägt, kommt in Chianciano mit 100 librae davon, eventuell tritt Todesstrafe ein. Das letztere geschieht nach dem Stadtrecht von Rom. Was die Unterstützung des Feindes betrifft, so steht darauf in Turin, Montefeltro, Florenz, Civitavecchia und anderen Städten bei leichteren Fällen Geldstrafe, in schwereren und später überhaupt tritt Leibesstrafe ein. Besonders schwer wird bestraft die Übergabe von Festungen. Während Pisa, Montefeltro, Florenz es hier bei Tod und Vermögenskonfiskation bewenden lassen, haben Lucca, Li-

[1]) Vgl. zu demselben und zu dem Folgenden die genaue Darstellung des italienischen Statutarrechts bei Kohler: Studien aus dem Strafrecht VI. Mannheim. 1897.

vorno, Genua, Jesi, Faenza, Treviso qualifizierte Todesstrafe. Verrat von Staatsgeheimnissen wird in Genua, Cesena, Corsica mit dem Tode bestraft. (Kohler Seite 678 bis 687.) Kohler handelt, wie noch erwähnt werden mag, Seite 689 ff. von der Verletzung der völkerrechtlichen Abschliessung des Gemeinwesens, Seite 693 ff. von der Verletzung der Staatshülfepflicht. (vgl. bei letzterer besonders die Verletzung der Militärpflicht.)

V. Im gemeinen Recht.

Die römische Weltherrschaft fand im Mittelalter einen Nachfolger. Als das oströmische Reich verfiel und unterging, gab es im Westen Europas ein neues römisches Reich, das heilige römische Reich deutscher Nation. Dieses Gebietes Herrscher konnten behaupten, dass in ihrem Reiche die Sonne nicht untergehe. Kein Wunder, dass sie weniger besorgt waren, dass einer ihrer Unterthanen sich mit feindlichen Mächten einliesse, um dieselben zu einem Kriege gegen ihr Land zu veranlassen, als darum, dass ihrer eigenen Persönlichkeit und der Staatsverfassung kein Schaden geschähe. Als dann die Reception der fremden Rechte vor sich ging, war es nur zu erklärlich, dass die deutschen Kaiser in Bezug auf alles, was den Staat und ihre Persönlichkeit anging, mit Eifer der Satzungen sich bemächtigten, welche Honorius und Arcadius und ihre anderen „Vorfahren im Amte“ einst ihren Völkern gegeben hatten. So wurde denn das crimen laesae majestatis in seiner römischen Gestalt übernommen, so sehr es auch deutschen Anschauungen widersprach. Aber freilich! ganz liessen sich diese einheimischen Anschauungen nicht verbannen und der Gesichtspunkt, unter welchem man den Landesverrat bezw. den Hochverrat betrachtete, wurde modificiert durch die germanische Idee vom Treubruch, der im Hochverrat steckt. Die Treue war ja gleichsam eine Essentiale des mittelalterlichen Feudalstaates, der Treubruch also ein Staatsverbrechen.

Die goldene Bulle hatte bezüglich des Landesverrates keine Bestimmungen getroffen und nur das Laster der beleidigten Majestät behandelt [1]).

Klare Bestimmungen giebt zuerst die Bambergische Halsgerichtsordnung (von 1507). Zunächst kommt hier der art. txxxy

[1]) Gerstlacher: Reichsgesetze Band XI Seite 3050—3058,

in Betracht: Item so einer Römische Keyserliche oder Königliche majestät unser allergenedigste herren lestert, verbündtnuss oder eynigung wider dieselben majestat dermassen machet, das er damit zu latein genannt crimen lese majestatis gethan hat, sol nach sage der Keyserlichen geschrieben recht an seinen eren, leben und gut gestrafft werden und in solchem fall die urteyler bey den recht gelertten die rechtlichen satzungen soelcher schweren straff erfaren und sich mit irer urteyl darnach Richten. Die starken Anklänge an das römische Recht, abgesehen von der direkten Verweisung auf dasselbe, treten klar hervor. Statt einer Definition dient der Hinweis auf das corpus juris. Dass in dem Artikel besonders an hochverräterische Unternehmungen gedacht ist, ist nicht zu bezweifeln; aber unter den Begriff der Einigung wider die Majestät lassen sich wohl auch die Fälle des Landesverrats bringen. Spezialfälle desselben behandelt dann der art. cxxxy, welcher, wie folgt, lautet: Item so yemant einer schentlichen flucht, die er vor seinem herren, haubtmann, paner oder fenlein thut, überwunden wirdet, der ist (nach sage der recht) erloss und sol an seinem leyb oder leben nach gelegenheyt und gestalt der sachen gestrafft werden. Dessgleichen sollen die gestrafft werden, so boshaftiger weyss Stete, Schloss oder bevestigungen übergeben oder wider guten glauben und ir pflicht von iren herren zu den veyhnden zihen, alles nach Rate der rechtverstendigen. —

Der Artikel spricht ausführlich von der heriliz, für die er aber nicht unbedingt die Todesstrafe androht. Als gleich strafbar bezeichnet er die Übergabe befestigter Plätze an die Feinde und den im Amte begangenen Landesverrat.

Dabei ist einerseits zu bemerken, dass zu den genannten Handlungen stets Vorsatz erfordert wird, andererseits, dass dieser Artikel von der Übergabe des ganzen heiligen römischen Reiches nicht spricht. Dass Schwarzenberg an eine solche nicht denken konnte, liegt auf der Hand [1].

Was diese beiden Artikel der Bambergensis anbetrifft, so hat die Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (von 1532) dieselben nicht aufgenommen. Nur ein dritter Artikel

---

[1] Hepp: Die Bestimmungen des römischen Rechts über den Hochverrat im Archiv des Kriminalrechts. 1837. Seite 353 ff. insb. Seite 358.

der Bambergensis, welcher im allgemeinen Bestimmungen gegen die Verräterei sich richtet, ist in art. cxxxiiij der C. C. C. recipiert worden: Item welcher mit bosshafftiger verreterey misshandelt, soll der gewonheyt nach, durch viertheylung zum todt gestrafft werden, Wer es aber eyn weibsbilde, die solt man ertrencken, vnd wo solche verreterey grossen schaden oder ergernuss bringen möcht, als so die eyn landt, statt, seinen eygen herrn, bettgenossen, oder nahet gesipten freundt betreffe, so mag die straff durch schleyffen oder zangenreissen, gemert, vnd also zu tödtlicher straff gefürt werden, Es möcht auch die verreterey also gestalt sein, man möcht eynen solchen missthetter erstlich köpffen vnd darnach viertheylen, dass richter vnd urtheyler nach gelegenheyt der thatt ermessen vnd erkennen, vnd wo sie zweiffeln, rath suchen sollen, aber die jhenen, durch welcher verkundtschafftung richter oder oberkeyt die übelthetter zu gebürender straff bringen möchten, das mag on verwirckung eynicher straff geschehen.

Wiederum finden wir das Requisit des dolus gegeben. Im übrigen suchen wir vergeblich nach einer Definition des Hochverrats oder nach speciellen Bestimmungen, welche uns ein Bild von dem Staatsverbrechen geben könnten. Der Artikel handelt ganz allgemein von der Verräterei. Unter den Begriff derselben fallen aber im Sinne der C. C. C. durchaus nicht nur Hochverrat und Landesverrat. Vielmehr besteht die Verräterei im Sinne dieses Gesetzbuchs in jedem heimlichen und hinterlistigen rechtswidrigen Handeln zum Nachteile dessen, dem man zu besonderer Treue verpflichtet ist, zu Gunsten der von einem Dritten beabsichtigten Verletzung [1]). Andrerseits gingen nicht alle Fälle von Hochverrat und Landesverrat in diesem Begriffe der Verräterei auf. Wenn im Gegensatz zu heutigen Anschauungen die P. G. O. nicht nur den Treubruch gegen das Land, sondern auch denjenigen gegen die Stadt, gegen den eigenen Herrn, den Bettgenossen und nahe gesippten Freund bestraft, so erklärt sich dies eben daraus, dass die Treue die Grundlage des damaligen Staatswesens war [2]). Von diesem Standpunkt aus erhoben sich derartige Handlungen, wenn auch gegen Privatpersonen begangen, zu politischen Delikten, zu Staatsverbrechen. Und diese Bestimmung

---

[1]) Zachariä a. a. O. Seite 541.

[2]) Vgl. auch Homberger a. a. O.

ist echt germanisch, mit ihr gelangten die eigensten deutschen Empfindungen zum Durchbruch. —

Das römische Recht wurde und blieb zwar die Grundlage des gemeinen Rechts. Es liegt aber auf der Hand, dass sich ein Gesetz nicht in Deutschland einleben konnte, welches dem nationalen Geiste so sehr widersprach, abgesehen von der wissenschaftlichen Schwäche der betreffenden Satzungen. So hat es ja weder die gemeinrechtliche Doktrin noch Praxis dahin gebracht, die einzelnen Klassen der Staatsverbrechen zu unterscheiden, ausser dass für Landesverräter, insbesondere für Spione die Strafe des Stranges erkannt wurde, eine Strafe, welcher auch feindliche Kundschafter unterworfen zu werden pflegten. Die Klassificierung der Staatsverbrechen blieb der Partikulargesetzgebung des 18. Jahrhunderts vorbehalten.

In dieser Zeit fing man an, den Sammelbegriff: Hochverrat ein wenig zu verteilen, man sonderte die Majestätsbeleidigung aus ihm als einen eigenen Begriff aus und schuf schliesslich den Begriff des Landesverrats. Die Schriften der deutschen Theoretiker und Praktiker über den Hochverrat sind ohne tiefere Bedeutung. Einen Fortschritt bedeuten erst die Arbeiten von Klein, Grolmann und vor allem von Feuerbach, welcher in seinem berühmten, trefflichen Werke: „Philosophisch-juridische Untersuchungen über das Verbrechen des Hochverrats“ die nationalen Anschauungen und die Auffassung zur Geltung brachte, dass der Hochverrat keine besondere Behandlung im Strafrecht erfordere als die übrigen Delikte[1]), und welcher seine Ideen dann weiter praktisch in dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 siegreich verfocht. —

So wurde die Basis gegeben, auf der die moderne Entwickelung der Bestimmungen über den Landesverrat aufgebaut ist. Ihren Anfang nahm dieselbe in der Partikulargesetzgebung vom Ende des vorigen Jahrhunderts bis auf unsere Tage.

V. In den Partikulargesetzgebungen.

Wir gehen nunmehr zu der Besprechung der Rechte der einzelnen deutschen Staaten über. Hier kommt zuerst in Betracht:

Österreich. In der sog. Theresiana (vom 31./12. 1768) war zwar nicht vom Hochverrat, wohl aber vom Majestätsverbrechen

[1]) Berner Lehrbuch Seite 345.

und vom Landesverrat die Rede [1]). Die Bestimmungen des älteren Strafgesetzbuchs, welche § 52 enthielt, sind in das noch jetzt geltende St. G. B. aufgenommen und werden daher erst im dritten Teile besprochen werden.

Preussen. Hier setzt die erste in Betracht kommende Kodifikation, das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten (vom 5. Februar 1794) sogleich mit allem Nachdruck ein. Die Sätze, welche im 20. Buch dieses Werkes über Hochverrat und Landesverrat aufgestellt wurden, sind vorbildlich für die moderne Auffassung von Gesetzgebung und Wissenschaft geworden. Das A. L. R. war das erste Gesetzbuch, welches deutlich den Landesverrat vom Hochverrat als besonderes Verbrechen trennte. Freilich gelangte dies in der äusseren Form nicht vollständig zur Durchführung, und es wirkten die alten Anschauungen noch immer nach. So definierte noch Klein [2]): „Handlungen, welche zwar nicht eine Veränderung der Person des Regenten oder der Staatsverfassung zur Absicht haben, wodurch aber dem Staate zum Vorteile anderer wissentlich Gefahr oder Nachteil verursacht wird, heissen Landesverräterei und werden dem Hochverrat im engeren Sinne entgegengesetzt, aber unter dem Hochverrat im weiteren Sinne mitbegriffen. Wenn die Verbindung mit auswärtigen Mächten die Absicht hat, eine Veränderung der Staatsverfassung zu bewirken oder die Unterthanen ganz oder zum Teil wider ihren Willen einem anderen Regenten zu unterwerfen, so ist es ein wahrer Hochverrat".

Betrachten wir nunmehr die betreffenden Artikel des A. L. R.s genauer, so ist zu bemerken, dass dasselbe ähnlich wie andere deutsche Gesetzbücher drei Klassen der Landesverräterei unterscheidet und zwar in folgender Weise:

1. Sollen ganze, dem Staate gehörige Länder, Kriegsheere oder Hauptfestungen in feindliche Gewalt gebracht werden, so liegt eine Landesverräterei I. Klasse vor, welche mit Schleifung zur Richtstätte und dem Rade von unten bestraft, im übrigen aber wie der Hochverrat behandelt wird.

2. Landesverräterei II. Klasse ist vorhanden, wenn zum Vor-

[1]) Vgl. Josefina § 45 ff.
[2]) Klein: Grundsätze des peinlichen Rechts. 1799. § 500.

teile des Feindes ein bedeutenderer Schaden gegenüber dem Staate angerichtet werden sollte. Die That zieht, wofern nicht besondere Schärfungs- oder Milderungsgründe eintreten, die Strafe des Stranges nach sich. Wegen Verderbens der Magazine oder wegen eines in der Festung gestifteten Aufruhrs wird die Strafe des Rades und im Falle der Brandstiftung die Strafe des Feuers (!) verhängt. Wer feindliche Truppen durch freiwillig übernommene Lieferung mit Kriegsbedürfnissen und Lebensmitteln in beträchtlicher Menge unterstützt, hat die Strafe des Schwertes verwirkt.

Der Landesverräterei III. Klasse macht sich derjenige schuldig, welcher einen dem Staate nachteiligen Verkehr mit auswärtigen, noch nicht feindlichen Mächten unterhält; handelt es sich bei diesem Einlassen mit einer fremden Macht um eine Verleitung zum Kriege, so tritt die Strafe des Schwertes ein.

Nach § 133 bezw. § 101 A. L. R.'s Teil II Titel 20 war auch die Begünstigung fremder Mächte zum Nachteile der Gerechtsame und Interessen des eigenen Staates sowie die Losreissung eines Teiles vom Staatsgebiete Landesverräterei. Die letztere Handlung fällt in den neuesten Gesetzgebungen wieder unter den Hochverrat. — Eine völlige Veränderung des bisher geltenden Rechts und die endgiltige Durchführung der neueren Ideen brachte das preussische St. G. B. vom 14. April 1851, welches die Grundlage des R. St. G.'s geworden ist. Es behandelt den Landesverrat in den §§ 67 bis 74, welche mit den entsprechenden §§ des R. Str. G.'s in dem Masse übereinstimmen, dass sich ihre Besprechung an dieser Stelle erübrigt.

Die Gesetzgebungen der anderen Länder weichen bezüglich ihrer Bestimmungen über den Landesverrat im allgemeinen nicht wesentlich von dem preussischen St. G. B. ab. Eine ausführlichere Behandlung verdient wegen der mannigfachen Anregungen, die daher gekommen sind, noch:

Bayern. Schon der codex Juris Bavarici von 1751 I. 8. enthielt Bestimmungen über den Landesverrat, ja er behandelte sogar schon die „Entdekung von Staatsgeheumnussen", welche er unter die perduellio subsumierte. Aber erst das Gesetzbuch von 1813 brach mit der Vergangenheit. Das bayerische St. G. B. von 1813 hat Feuerbach zum intellektuellen Urheber. Wie sehr dies gerade für denjenigen Abschnitt des Gesetzbuchs, welcher von den Verbrechen

gegen den Staat handelte, von Bedeutung werden musste, dürfte nach dem oben Gesagten klar sein[1]).

Buch II Titel 2 des St. G. B.'s spricht von den öffentlichen oder Staatsverbrechen; Kap. 1 des Titels 2 von den Verbrechen wider das Dasein und die Sicherheit des Staates überhaupt — Hochverrat und Landesverräterei. — Art. 299 giebt folgende Definition: Ein Unterthan, welcher treulos mit rechtswidrigem Vorsatze wider den Staat eine der in den nächstfolgenden Gesetzen bestimmten Handlungen unternimmt, wird des Staatsverrates schuldig. Es ist interessant zu beobachten, wie hier der altgermanische Gedanke auftaucht, dass der Verrat vor allem ein Treubruch sei. Wir finden den Gedanken hier zum letzten Male in einem Gesetzbuch deutlich ausgesprochen. Eine Reminiscenz aus dem gemeinen Recht ist es dann, wenn die Protokolle zu diesem Artikel bemerken, dass die Sätze über den Verrat das Besondere haben, dass sie teils durch Handlungen, welche bei anderen Verbrechen als Versuch anzusehen sind z. B. eine Verschwörung, teils durch die verbrecherische Handlung ohne Rücksicht auf den Erfolg vollendet werden.

Das bayerische St. G. B. fordert zum Begriffe des Staatsverrates, wie Hochverrat und Landesverrat zutreffend genannt werden, unbedingt einen Unterthan, mag er nun ein Eingeborener oder Eingesessener sein, weil es eben den Verrat lediglich als Treubruch auffasst. Wie haltlos dieser Grundgedanke allerdings ist, zeigt sich am besten an der Durchbrechung des Prinzips in dem Gesetzbuch selbst. Zog nämlich der Immobiliarbesitz in einem Staate den persönlichen Unterthanenverband nach sich, so konnten auch solche Forensen wegen Staatsverrates bestraft werden, wie „denn auch bei allen Vasallen, die sich einer Lehnsuntreue schuldig machen, die Bestimmungen des Civilgesetzbuchs über Verlust des Lehens zur Anwendung kommen". Schon das Promulgationspatent zum St. G. B. von 1813 ferner hatte ähnlich dem R. St. G. (§ 4) im art. 4 bestimmt, dass Ausländer nach dem St. G. B. gerichtet werden sollten wegen der an dem König oder dem bayerischen Staate, selbst im Auslande begangenen Verbrechen; die gleiche Bestimmung wurde in das Militär-St.-G.-B. vom 19. August 1813 im Titel 1 art. 15 und 16 bezüglich der Spione etc. aufgenommen.

---

[1]) Vgl. Anmerkungen zum St. G. B. für das Königreich Bayern. Nach den Protokollen des Königlichen geheimen Rats. Band III München 1814.

Auf die Definition des art. 299 folgt art. 300, welcher den ersten und höchsten Grad des Staatsverrates: den Hochverrat im eigentlichen Sinne behandelt.

Art. 302 sagt: Des Staatsverrates im zweiten Grade ist ein Unterthan schuldig,

I. welcher, um auf irgend eine Weise einen Teil des Staates von dem Ganzen loszureissen, einen Aufruhr erregt oder sich in eine Verschwörung im Inneren oder in ein Verständnis mit Auswärtigen eingelassen hat. Das St. G. B. steht also in doppelter Beziehung auf dem Standpunkte des A. L. R.'s im Gegensatze zu der modernen Entwickelung; nämlich einmal, insofern es verschiedene Grade des Staatsverrates unterscheidet und sodann, insofern es die Losreissung von Gebietsteilen auf gleiche Stufe stellt, wie das Einlassen mit auswärtigen Mächten.

Des Staatsverrates im zweiten Grade macht sich ferner derjenige schuldig,

II. welcher in einem, ohne sein Zuthun entstandenen Kriege Städte, Festungen, Pässe oder andere Verteidigungsposten dem Feinde verräterischer Weise übergeben oder solche Übergabe oder Wegnahme derselben bewirkt hat.

III. welcher die Waffen gegen den Heimatsstaat trägt . . .

IV. der vierte Teil bedroht, wie das preussische St. G. B. von 1851 in einem Artikel diejenigen Handlungen, welche das R. St. G. in zwei §§, nämlich den §§ 89 und 90 und zwar bezüglich des lezteren unter den Nummern 5, 2, 4, 6, 3 behandelt.

Wichtig ist art. 304: wer, in eine staatsverräterische Verbindung verwickelt, vor deren wirklichem Ausbruche und ehe die Staatsgewalt auf anderem Wege Nachricht davon erhalten hat, sich und seine Mitschuldigen angiebt, hat Begnadigung zu erhoffen. Wir werden dieser Reminiscenz der lex quisquis noch an anderen Stellen begegnen.

art. 305 handelt vom Staatsverrat im dritten Grade und zwar in vier Teilen. Der erste

I. entspricht im wesentlichen dem § 92_3 des R. St. G.'s, nur dass das bayerische St. G. B. konsequent auch diesen Artikel beginnen lässt: ein Unterthan . . . Der zweite Teil

II. enthält dasselbe Delikt wie § 92_1 R. St. G.'s;

III. der dritte Teil dasselbe wie § 92_2 R. St. G.'s. Als vierter Teil

IV. kommt dann ein Delikt hinzu, welches wir auch in zahlreichen anderen Gesetzgebungen z. B. in dem St. G. B.s-Entwurf von Bremen an dieser Stelle behandelt finden: es ist das absichtliche Verrücken oder Unsichermachen der Staatsgrenzen.

Es wird in allen diesen Fällen, welche nicht den Staat im ganzen angreifen, nicht auf den Erfolg gesehen, und so ist ein jedes der Verbrechen schon vollendet, wenn auch der staatsverräterische Vertrag beispielsweise etwa durch Versagung der Ratifikation unschädlich geblieben ist.

art. 306 behandelt schliesslich als vierten Grad des Staatsverrates noch vier Delikte, welche im R. St. G. unter anderen Gesichtspunkten betrachtet werden z. B. als feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten. —

So hoch die Satzungen dieses St. G. B.'s von 1813 über allem gestanden haben, was die Gesetzbücher ausser dem A. L. R. vorher und auch die zeitgenössischen geleistet haben und so hervorragend unzweifelhaft auch die Motivierung der einzelnen Artikel gewesen ist, so lässt sich doch andererseits nicht verkennen, dass alle diese Formulierungen vor den Gedanken der modernen Zeit sich nicht haben halten können. Und so sind denn auch kaum ein halbes Jahrhundert später alle diese Artikel gefallen, und es lassen sich kaum noch Spuren von ihnen entdecken.

Das bayerische St. G. B. vom 10. Juli 1861 steht im wesentlichen auf dem Standpunkte des preussischen von 1851. Keine Definition vom Staatsverrat wird mehr vorausgeschickt, sondern art. 110 beginnt sogleich: „ein Bayer oder ein in Bayern sich aufhaltender oder in bayerischen Diensten stehender Ausländer . . ." — und dann folgte in übermässiger Breite die Strafandrohung gegen das Einlassen mit auswärtigen Mächten. Es ist ein scharfer Gegensatz in der ängstlichen Beobachtung des Gedankens, dass nur Unterthanen eigentlich einen Staatsverrat begehen könnten, welcher dem St. G. B. von 1813 eigen war, und der Fülle von Unterstellungen, welche das neue St. G. B. enthält.

Eine nachahmenswerte Bestimmung des art. 110 besteht darin, dass bei freiwilligem Rücktritt des Thäters, wofern noch kein Nachteil entstanden ist, Straflosigkeit eintritt.

art. 111 handelt vom Waffentragen. Erwähnenswert ist dabei der Abs. 2, welcher sagt, dass die gleiche Strafe den Ausländer

trifft, welcher im Dienste des bayerischen Staates steht und nach dem Ausbruche eines Krieges mit einer auswärtigen Macht im feindlichen Heere Dienste nimmt, ausgenommen wenn dieses Heer dasjenige seines eigenen Vaterlandes ist.

art. 112 behandelt die Unterstützung der feindlichen Macht durch den Thäter und führt die wichtigsten kriegerischen Hülfsmittel noch in diesem Artikel auf mit der Überleitung: „hat aber der Thäter Städte, Festungen . . .“ art. 113 behandelt den sog. diplomatischen Landesverrat. —

Württemberg. Nach dem württembergischen Gesetz vom 5. März 1810 war die Aufforderung fremder Truppen zu einem Einfall in den Staat oder bei ausgebrochenem Kriege die freiwillige und absichtliche Unterstützung des Feindes: Landesverräterei. Von ihr unterschied das Gesetz den Landesverrat, unter welchem es verstand, die Gefährdung des Staates in seinen Verhältnissen zu fremden, nichtfeindlichen Staaten. Diese unhaltbare Unterscheidung hat das württembergische St. G. B. fallen lassen. In diesem sind § 145, 146, 147 die wesentlichen Stufen des Landesverrates behandelt, ohne dass eine Definition gegeben wird.

Sachsen. Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30. März 1838 spricht vom Hochverrat in den artt. 81 bis 87, vom Staats- d. h. Landesverrat in den artt. 87—89; artt. 89—96 enthalten die sog. staatsgefährlichen Handlungen. Der § 87 des sächsischen St. G. B.s entspricht im wesentlichen dem § 87 des St. G. B.s mit Hinzunahme der hauptsächlichsten Normen aus den §§ 89 und 90 R. St. G.s. Auffällig sind die milden Strafen.

Das St. G. B. für das Königreich Sachsen vom 13. August 1855, eine Revision des vorigen, behandelt den Hochverrat in den artt. 116—121; den Landesverrat in den artt. 121—125. Es führte zum Teil härtere Strafen ein.

Baden. Im badischen St. G. B. vom 6. März 1845 finden wir den Hochverrat in den §§ 586—597 besprochen. Die §§ 597—605 handeln vom Landesverrat und zwar § 597 vom Einlassen mit auswärtigen Mächten im allgemeinen, wenn der Krieg ausgebrochen ist. Ist letzteres nicht der Fall, so greift § 598 Platz.

§§ 599 und 600 behandeln das Vorschubleisten unter gleichzeitiger Aufzählung der Hauptmittel. Dazu kommt § 601, welcher mit Strafe bedroht, Mannschaften zu verleiten, zum Feinde überzu-

gehen. § 602 behandelt das Waffentragen gegen den Staat. Die §§ 603 und 604 enthalten den sog. diplomatischen Landesverrat; § 605 endlich verordnet, wie es mit Ausländern gehalten werden solle, die sich eines Landesverrats schuldig machen.

Hessen. Das St. G. B. für das Grossherzogtum Hessen vom 26. April 1852 bespricht in den artt. 129—136 den Hochverrat und in den artt. 136—140 den Landesverrat und zwar so, dass art. 136 im wesentlichen folgende §§ des R. St. G.s umfasst: 87, 89, 90_3, 90_5, 90_6, 90_1, 90_2, 90_4, 88. art. 139 bespricht den Hochverrat und Landesverrat gegen den deutschen Bund.

Es sei schon hier gesagt, dass Staatsverbrechen gegen den deutschen Bund und insbesondere vom Standpunkt der älteren Kodifikationen, welche noch von dem Gedanken des Treubruchs ausgingen, den der Staatsverrat enthalten sollte, nicht denkbar waren. Der deutsche Bund konnte Objekt eines Landesverrats nicht werden, weil es weder unmittelbare Unterthanen desselben gab, noch die Glieder der einzelnen Bundesstaaten dem Bunde als solchem zu besonderer Treue verpflichtet waren. Da ferner der Bund naturgemäss auch Gesetze nicht geben konnte, so suchten die Partikulargesetze sein ohnehin schwaches Leben durch noch schwächere Strafsatzungen zu sichern.

Auf diesem Standpunkt steht auch:

Braunschweig. Das Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig vom 10. Juli 1840 handelt vom Hochverrat in den §§ 81—83; vom Landesverrat in den §§ 84 und 85; in den §§ 86—89 von staatsgefährlichen Handlungen. Der erste §, 84, bedroht als Landesverrat nicht nur das Einlassen mit auswärtigen Mächten, sondern auch das „Auffordern zum Kriege wider das Herzogtum oder den deutschen Bund". In § 85 sehen wir wiederum die Grenzverrückung als Landesverrat charakterisiert. § 86 fällt eigentlich nicht mehr unter den Begriff des Landesverrats, insofern er nur von Verbrechen gegen auswärtige Staaten spricht, welche, wenn gegen das Herzogtum verübt, einen Landesverrat enthielten. Thäter des Landesverrats kann nach braunschweigischem Recht nicht nur ein Unterthan, sondern jeder sein. Dies gilt selbst für das Delikt des Waffentragens gegen den Staat [1]. Auf die materielle Be-

[1] Vgl. unten unter VI des Dogmatischen Teils.

rechtigung dieses Gedankens werden wir an anderer Stelle zurückkommen.

Oldenburg. In dem St. G. B. von Oldenburg finden wir in Teil II cap. 1 die Verbrechen wider das Dasein und die Sicherheit des Staats überhaupt: Hochverrat und Landesverräterei. Das Gesetz ist im allgemeinen dasselbe wie das bayerische St. G. B. von 1813, art. 304 des ersteren entspricht dem art. 299 und art. 305 dem art. 302 des letzteren. art. 306 enthält dann folgende, an das Mittelalter erinnernde Strafdrohung: Ein solcher Missethäter soll enthauptet und vor der Hinrichtung mit einer Tafel auf Brust und Rücken, welche die Aufschrift „Landesverräter" führt, eine halbe Stunde lang von dem Scharfrichtersknechte ausgestellt werden; auf seinem Grabe wird eine Schandsäule errichtet; seine Familie soll ihren Namen verändern.

art. 307 enthält als zweiten Grad des Staatsverrates die Bestimmungen unseres § 90. art. 309 verspricht für Anzeige des Complotts dem Anzeigenden die Begnadigung. art. 310 enthält den sog. diplomatischen Landesverrat und das Verbot der Verrückung der Staatsgrenzen. art. 311 bespricht als 4. Grad des Staatsverrates Handlungen gegen fremde Staaten, art. 312 handelt von der Beihülfe und dem Versuche des Hochverrats oder Staatsverrats. Aus dem „oder" scheint hervorzugehen, dass das Gesetzbuch unter Staatsverrat nur den Landesverrat versteht. Dies steht aber nicht im Einklang mit seiner Terminologie im übrigen.

Was die thüringischen Staaten betrifft, so hatten folgende dasselbe Gesetzbuch wie das Königreich Sachsen:

das Grossherzogtum S.-Weimar-Eisenach und zwar vom 5. April 1839,

das Herzogtum S.-Altenburg vom 3. Mai 1841,

das Herzogtum S.-Meiningen vom 1. August 1841,

das Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen vom 10. Mai 1845.

Bremen. Der Entwurf eines St. G. B.s der freien Hansastadt Bremen von 1861 handelte in den §§ 137—142 vom Hochverrat; § 142 bis § 145 vom Staatsverrat, § 145 bis § 151 von sonstigen staatsgefährlichen Handlungen. Er zeigt das Bild aller modernen Kodifikationen, und zu erwähnen ist nur, dass § 147 Abs. 3 eine Ermässigung der ordentlichen Strafe auf Gefängnis für den Fall ein-

treten lässt, dass der Thäter seinen Plan freiwillig aufgegeben hat, bevor noch ein Nachteil für Bremen oder bremische Staatsgenossen oder Verbündete herbeigeführt worden war.

Was die annektierten Länder betrifft, so sei nur erwähnt, dass das St. G. B. von

Hannover im art. 122 folgende Definition gab: „Des Landesverrats macht sich ein Unterthan durch feindselige, gegen die äussere Sicherheit des Königreichs gerichtete Unternehmungen schuldig, namentlich . . .“ — es folgen die wichtigsten Fälle.

Die übrigen deutschen Staaten standen entweder unter gemeinem Rechte oder ihre Gesetzbücher weichen von den bisher besprochenen so wenig ab, dass ihre Darstellung im einzelnen sich erübrigt.

Der Partikulargesetzgebung folgt das R. St. G. Eine historische Behandlung dieses ist unnütz. Denn was die Motive und die Verhandlungen des Reichstages insbesondere ergeben, ist von der späteren Litteratur so ausführlich erörtert worden, dass wir bezüglich ihrer auf unseren folgenden Teil verweisen können.

Dogmatischer Teil.

I. Hochverrat und Landesverrat.

Der modernen Zeit ist die Ausgestaltung des Staatsbegriffes wesentlich und eigentümlich. Der Staat ist nach unserem Empfinden keineswegs mehr das organisierte Volk, er ist etwas Selbständiges, eine juristische Person neben den anderen Personen geworden. Dies insbesondere, seitdem von ihm zahlreiche Zweige bürgerlicher Thätigkeit besorgt werden, seitdem die Verkehrsmittel „verstaatlicht" und auch in manch anderer Beziehung der Staat in Konkurrenz mit anderen Unternehmern getreten ist.

Eine solche Anschauung war den Römern und überhaupt der alten und älteren Zeit fremd, und Weiske bemerkt mit Recht[1]: „Nicht das Staatsgebäude an sich, als eine bestimmt charakterisierte Form, nicht der Staat als eine moralische Person, die abgesehen von dem Volke gedacht werden kann und dieses als etwas ausser ihr Seiendes, ja ihr sogar zuweilen Gegenüberstehendes betrachtet, erscheint den Römern ihre res publica; die Römer selbst in ihrer Integrität, das römische Volk als ein Ganzes oder, wie wir sagen, Staat und Volk, als ein Begriff genommen, ist die res publica". Es ist erklärlich, dass der Staat, von dem heut alles — selbst die Übernahme der ganzen Produktion verlangt wird, sich gegen Angriffe gründlich zu wehren und die Verbrechen, welche sich gegen seine Existenz richten, mit möglichster Schärfe zu bestrafen oder ihnen vorzubeugen sucht. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Ge-

---

[1]) Weiske, Hochverrat Seite 391.

setze gegen Hochverrat und Landesverrat entstanden und unter ihm sind sie auch von uns zu betrachten. —

Der Landesverrat ist eines jener politischen Delikte, von welchen die fünf ersten Abschnitte des besonderen Teiles des R. St. G.s handeln. Mit dem Hochverrat zusammen bildet er den ersten der Abschnitte; es folgen dann im zweiten und dritten Abschnitt die Beleidigungen von Landesherrn und Bundesfürsten, im vierten Abschnittt: feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten und im fünften endlich: Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte. Diejenigen Delikte, welche im zweiten bis fünften Abschnitt behandelt sind und welche sich lediglich auf die Organe der Staatsgewalt bezw. die staatsbürgerlichen Rechte beziehen, können ausserhalb der Betrachtung bleiben. Der Hochverrat aber, obgleich auch er sich zum grossen Teile mit den Organen der Staatsgewalt beschäftigt, muss bei einer Konstruktion des Landesverratsbegriffes herangezogen werden. Dazu zwingt sowohl die historische Entwickelung, als auch der Begriff des Landesverrates selbst, welcher aufs engste mit dem des Hochverrates verbunden und ohne diesen garnicht in seiner Wesenheit erfasst werden kann. Hochverrat und Landesverrat sind zwei Delikte, welche sich unmittelbar gegen den Staat richten. Dies soll uns nunmehr genauer beschäftigen.

Seit dem Anfang dieses Jahrhunderts ist man eifrig bemüht, den Begriff des Landesverrats zu konstruieren, aber, man darf sagen, erfolglos. Feuerbach war der erste, welcher hier scharfsinnige Darlegungen machte, die sich allerdings nur auf den Hochverrat bezogen, aber die auch für den Landesverrat von Bedeutung sind. Feuerbach deduziert folgendermassen: Zwar enthalten alle Delikte einen Angriff gegen den Staat, aber sie sind in ihrer Tendenz, denselben zu zerstören, graduell verschieden. Vor allem bilden diejenigen einen stärkeren Grad, welche den Staat unmittelbar angreifen, im Gegensatz zu den ihn nur mittelbar berührenden Delikten. Die Staatsverbrechen sind solche Handlungen, bei welchen der Staat selbst das unmittelbare Angriffsobjekt ist. Nun ist aber der Staat die Grundlage und Voraussetzung jedes rechtlichen Zustandes überhaupt, jenes Zustandes also, durch welchen die Rechte der Einzelnen geschützt werden. Darum sind solche Angriffe gegen den Staat, als gegen die Summe der Einzelinteressen gerichtet, schwerer als die Verletzungen von Privatpersonen.

Diese Ansicht von Feuerbach ist in allen Variationen nachgesprochen worden. Danach ergäbe sich aber folgendes: Selbst das schwerste aller Verbrechen gegen Privatpersonen, der Mord, verletzt nur ein Individuum. Durch die Staatsverbrechen, im besonderen den Staatsverrat oder — wenn wir so sagen dürfen — den Staatsmord wird eine Summe gleichsam von Einzelmorden begangen, werden alle Einzelnen verletzt und zwar derart, dass durch die That ein Zustand herbeigeführt werden soll, welcher eine Reaktion seitens des Staates überhaupt oder jedenfalls seitens dieses Staates gegenüber den Angriffen auf die Einzelperson also auch z. B. den Mord unmöglich macht. So dachte auch Grotius, wenn er sagte: ea iniustitia eminet, quae communem ordinem perturbat ac proinde plurimis nocet: sequitur ea quae singulos tangit[1]).

Diese Auffassung des Staatsverrates ist völlig verfehlt. Ein Beispiel dürfte dies deutlich machen. R. St. G. § 89 droht wegen des darin behandelten Landesverrates Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer an. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein. Wenn man einerseits bedenkt, dass die gefährlichere Unterstützung des Feindes erst in § 90 abgehandelt wird, dass also § 89 nur leichtere Fälle im Auge hat, und andererseits diesem Staatsverbrechen gegenüber den Mord stellt, so wird das Unrichtige der gedachten Anschauung sofort klar. Es ist eine oberflächliche Behauptung, dass die Einzelnen durch Angriffe gegen den Staat stärker verletzt werden als durch Angriffe gegen sie selbst oder andere Einzelpersonen. Im Gegenteil müssen Delikte gegen Privatpersonen den Einzelnen als Angriffe gegen Seinesgleichen weit stärker beunruhigen, als Delikte gegen den Staat, gegen eine juristische Person. Vom Standpunkt der älteren Auffassung über den Staat hat die Hervorhebung der Staatsdelikte vielleicht noch Sinn; man wird sagen können, dass ihr dieser Sinn in dem Masse verloren geht, wie der Staat im Bewusstsein des Volkes zu etwas ausser dem Volke Existierendem wird, bis sie endlich heut zum Unsinn wird. Dass die Staatsverbrechen die Unmöglichkeit einer Reaktion gegen die Privatverbrechen indirekt bezwecken, ist unrichtig. Denn abgesehen davon, dass die meisten Delikte der ersteren Art garnicht auf den völligen Untergang des

[1]) Grotius, de iure belli ac pacis lib. II. cap. 20 § 30.

Staates abzielen, ginge im letzteren Falle das ius puniendi ja auf den anderen Staat über; die Möglichkeit einer Amnestie oder sonstiger Gnadenakte, welche auch von dem bestehenden Staate ausgehen können, spricht nicht dagegen. Gerade beim Landesverrat soll nun aber an die Stelle der einen Staatsgewalt eine andere gesetzt werden; das geht klar hervor aus den Eingangsworten des § 87 R. St. G.s: Ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einlässt. . . . . Von dem obigen Gesichtspunkt aus enthielte die — doch an sich straflose — sozialistische und anarchistische Propaganda die allerschwersten Verbrechen.

Aber auch der Wortlaut unseres Gesetzbuches rechtfertigt die Ansicht nicht, dass die Staatsverbrechen „schwerere" Delikte sind als alle übrigen. Unter „schwereren" Verbrechen kann nämlich nur verstanden werden: in der Gesamtheit der angedrohten Strafen hervorragende Delikte. Auf das moralisch Verabscheuungswürdige kann es bei einer solchen Wertung nicht ankommen. Denn so gewiss es ist, dass eine Tierquälerei eine grössere sittliche Verkommenheit zu offenbaren vermag als die Tötung eines Einwilligenden, so gewiss ist es auch, dass es niemand einfallen wird, deshalb die Tierquälerei als das schwerere Verbrechen zu bezeichnen. Nun muss zunächst in Betracht gezogen werden, dass der Landesverrat garnicht ein Verbrechen ist, wie der Mord, sondern dass unter dieser Bezeichnung eine Reihe von Thatbeständen Platz finden. Von all den §§ nun, die sich mit diesen letzteren beschäftigen, droht — wenn wir von den Zeiten eines Krieges absehen, die füglich nicht für eine solche Betrachtung massgebend sein können — nicht ein einziger die nach § 13 R. St. G.s schwerste zulässige Strafe: den Tod an. Vielmehr stufen sich die Strafen bei den fünf in Betracht kommenden §§ folgendermassen ab:

2. (88, 90) drohen an erster Stelle lebenslängliche Zuchthausstrafe an,
1. (87) Zuchthaus von *5—15* Jahren,
1. (92) „ „ *2—15* „
1. (89) „ „ *1—10* „

Alle §§ lassen mildernde Umstände, zwei §§ (88 und 89) auch ohne solche Festungshaft zu und bei mildernden Umständen ist in allen Fällen Festungshaft möglich. Ein Blick auf die Strafen des XVI. Abschnittes des R. St. G.s, von den Verbrechen und Vergehen

wider das Leben, zeigt, dass der Strafgesetzgeber die meisten der dort aufgeführten Delikte für „schwerer" hält[1]). —

Feuerbach hat seine Auffassung des Staatsverrates im Anschluss an die Lehre von Pufendorf begründet. Er meint, die Staatsverbrechen seien Verbrechen gegen die Grundverträge der Bürger; deren gäbe es drei, nämlich

1. den Gesellschaftsvertrag, das pactum unionis,
2. den Unterwerfungsvertrag, das pactum subjectionis,
3. den Verfassungsvertrag, das pactum ordinationis[2]).

Aus dem zuerst genannten Vertrage aber, „insoferne er eine kollektive Einheit mehrerer, eine moralische Person bestimmt", folge die Freiheit der Gesellschaft d. h. ihre besondere Existenz. Von anderer Seite ist ein ähnlicher Gedanke ausgesprochen worden[3]). Man hat die unglückliche Vergleichung zwischen Mensch und Staat auch hier angebracht und gesagt: Wie für den Einzelmenschen Freiheit und Ehre die beiden höchsten Güter sind, so auch für den Staat; bei diesem aber bethätigt sich die Freiheit nach zwei Richtungen, nämlich einmal gegenüber der Volksmasse und dann gegenüber der fremden Staatsgewalt. Es fehlt nur noch, dass man den Staat, welcher von einer fremden Gewalt unterworfen wird, eine capitis deminutio maxima erleiden lässt.

Scheurlen[4]) hat dieser Auffassung schon die Wege geebnet, wenn er sagt: „Das Recht des bestimmten Staates, auf seine Existenz und Fortdauer als dieser Staat bildet das unmittelbare Objekt des Hochverrats. Es kommt, was den Thatbestand desselben betrifft, nicht darauf an, ob der Thäter die absolute Existenz dieses Staates zu vernichten strebt oder nur an dessen Eigentümlichkeit als Staat das Verbrechen verübt". Wie man nur dieses, im Völkerrecht schon

---

[1]) Die Ansicht Feuerbachs mit derselben Begründung finden wir wieder in den Protokollen des St. G. B.s für Bayern von 1813, wo es heisst: „Was am einzelnen Menschen das physische Leben ist, das ist am Staate seine politische Existenz. Diejenigen (Verbrechen), welche das politische Daseyn des Staates bedrohen, ... sind die schwersten, indem sie mit der Sicherheit des Staates auch die Sicherheit, das Leben und das Eigentum aller Einzelnen angreifen".

[2]) Feuerbach Seite 43 ff.

[3]) Homberger, Begriff d. p. D. Seite 22.

[4]) Scheurlen im Archiv des Kriminalrechts 1838. Bemerkungen über die Frage: ob am deutschen Bunde ein Hochverrat begangen werden könne. Seite 500; ferner vgl. Zittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 2. Ausg. § 215.

so übel angeschriebene Recht des Staates auf Existenz beweisen will! Wie einem Staat ausser der Anerkennung, welche das Thatsächliche beanspruchen darf, noch ein besonderes Recht auf Existenz als dieser Staat, natürlich auch mit dieser Staatsverfassung etc. — Freiheit gegenüber der Volksmasse wird ja auch verlangt — zugebilligt werden soll, ist nicht einzusehen, wenn man sich nicht in unfruchtbare Spekulationen verlieren will. Nur allzu oft erfährt ein Staat die Wahrheit des Satzes:

Alles, was entsteht,
Ist wert, dass es zu Grunde geht.

Woher sollten alle diese Feuerbach'schen Grundverträge, dieses Recht auf Existenz u. a. m. entstanden sein und von wem sollten sie geschützt werden? Nach modernem Völkerrecht, insbesondere nach der allerdings nicht völlig anerkannten — aber welcher Satz des Völkerrechts wäre das auch? — Monroedoktrin ist fremden Staaten die Intervention bei innerstaatlichen Angelegenheiten eines Staates verboten, sofern nicht einer der Interventionsfälle vorliegt. Wer sollte also, abgesehen von den letzteren, für das Recht des Staates auf Existenz als dieser Staat Gewähr leisten? Giebt man dies zu, so leuchtet ein, dass Feuerbachs Behauptung, es sei unter den Staatsverbrechen dasjenige das schwerste, welches die Aufhebung des Staates selbst entweder als eines Staates überhaupt oder als eines besonderen Staates zum Gegenstande habe, ebenfalls in der Luft schwebt. Feuerbach hat auch eingesehen, dass das kurz zuvor von uns angezogene Beispiel von der Revolution sein Gebäude stürzen könnte, und so sagt er einfach: der revoltierende Bürger, insofern er dieses ist, erhebt sich nur gegen besondere Akte der Regierung, ohne die Regierung an sich und die Existenz des Staates selbst anzugreifen. „Er ist Beleidiger des Staats, aber nicht Staatsmörder; er ist ihm untreu, ohne ihn zerstören zu wollen“ [1]). Dass diese Behauptung insbesondere heut in Anbetracht einer anarchistischen Partei, welcher eine reformierende, bessernde Regierung vorzüglich verhasst zu sein pflegt, sich nicht halten lässt, ist klar [2]).

Nachdem Feuerbach sich auf die Lehre von den Grundverträgen

---

1) Feuerbach Seite 28.

2) Vgl. auch Kleinschrod: Grundsätze des peinlichen Rechts. III. Seite 225 mit ungenauer Definition, worüber zu vergl. Feuerbach Seite 39.

gestützt hatte, war es ihm natürlich leicht, den Staatsverrat in allen seinen Formen systematisch zu behandeln, zu welchem Zweck er wohl auch diese Grundverträge hervorgeholt hatte. Nach seiner Ansicht kann nämlich ein Bürger gegen das pactum unionis auf drei Arten fehlen:

1. dadurch, dass er die Vereinigung aller Kräfte aufhebt, etwa durch Herbeiführung von Anarchie oder Aufruhr etc.;
2. dadurch, dass er den durch den Vertrag bestimmten Zweck der Gesellschaft aufhebt und Handlungen verübt, durch welche die Gesellschaft aufhört, eine bürgerliche zu sein;
3. dadurch, dass er etwas gegen ihre Freiheit und Selbstständigkeit unternimmt, indem er z. B. auf eine Einverleibung des Staates mit einem fremden abzielt.

Die hierher gehörigen Handlungen fallen angeblich wesentlich unter den Hochverrat. Was den Landesverrat betrifft, so sagt Feuerbach[1]), dass diejenigen, welche den Staat nur einem anderen unterwerfen wollen oder die diesbezüglichen Absichten anderer Staaten fördern, nur gegen das pactum subjectionis, nicht unionis verstiessen. Dies ist ebensowenig zu verstehen wie die ganze Lehre von den Grundverträgen überhaupt, die für moderne Anschauungen nicht mehr brauchbar ist und die wir nur darum so eingehend besprochen haben, weil es gerade Feuerbach war, der sich auf sie stützte.

Wir wenden uns jetzt zu anderen Konstruktionen. Der Staat als solcher kann angegriffen werden in seinen Grundbestandteilen und in seiner äusseren Sicherheit[2]). Denn die Essentialien des Staates sind 1. das Staatsgebiet, 2. die Verfassung und 3. eine Anzahl zusammenwohnender Menschen, das Volk[3]). Danach ergiebt sich: der Angriff gegen das erste ist Landesverrat, der gegen die zweite Hochverrat, und die Angriffe gegen das Volk — so ergänzen wir — bilden die übrigen Privatdelikte.

Dieser Gedanke taucht in ähnlicher Gestalt nicht nur in fast allen modernen Lehrbüchern des Strafrechts, sondern auch in den meisten neueren Gesetzbüchern auf. Liszt[4]) fasst den Hochverrat auf als Angriff gegen die innere staatliche Ordnung, wie sie uns in der Verfassung entgegentritt, welche das Staatsgebiet und die

[1]) l. c. Seite 54.
[2]) Meyer, Lehrbuch 1875, Seite 643 ff.
[3]) Bei Homberger a. a. O. Seite 40 fehlt das dritte Essentiale.
[4]) Liszt, Lehrbuch, Seite 512.

Träger der Staatsgewalt bestimmt, und den Landesverrat als Angriff gegen die äussere Sicherheit des Staates, wozu seine Vorbereitung in den Zeiten des bewaffneten Friedens gehöre: der Verrat militärischer Geheimnisse. Das Unterscheidende von Hochverrat und Landesverrat sieht Liszt darin, dass sich der Thäter beim Landesverrat mit einem fremden Gemeinwesen verbindet. Auf demselben Standpunkt steht auch Berner und die meisten Kommentatoren des R. St. G.s.

In neuester Zeit ist dieser Ansicht der Krieg erklärt worden von John[1]). Nach ihm ist Landesverrat keineswegs ein Angriff auf die äussere Stellung und Sicherheit des Staates[2]), und die Definition Holtzendorffs in seiner Encyklopädie unklar, wonach Landesverrat dasjenige Verbrechen gegen den Staat ist, durch welches die Integrität desselben von aussen her gefährdet wird. John giebt für seine Behauptung folgendes als Grund an: Es giebt bestimmte hochverräterische Handlungen, z. B. diejenigen, welche die Losreissung eines Gebietsteiles bezwecken, oder der Regentenmord, welche auch für die äussere Stellung des Staates sehr gefährlich sein können. Andererseits wird durch einen gegen den Staat erregten Krieg leicht auch seine innere Sicherheit angegriffen. Diese Behauptung Johns ist nicht stichhaltig, um gegen die alte Konstruktion zu beweisen. Denn es kann auch jede andere strafbare Handlung, z. B. der Mord oder die Beschimpfung eines Ausländers, für die äussere Stellung des Staates sehr gefährlich werden. Darum aber wird doch niemand solche Handlungen als landesverräterische charakterisieren. Worauf es ankommt, ist nicht der schliessliche Erfolg des Thäters.

Was John nun an die Stelle der älteren Theorie setzt, ist vollends unbefriedigend. Er sagt: beim Hochverrat wird der Staat als ein für sich bestehendes Ganze, beim Landesverrat als eine in völkerrechtlicher Gemeinschaft mit anderen Staaten stehende Individualität aufgefasst; für den Landesverrat sind also völkerrechtliche Beziehungen erforderlich. Wie das Völkerrecht die Beziehungen der Staaten im Kriege und im Frieden regelt, so giebt es auch einen militärischen und einen diplomatischen Landesverrat. Ob es einen

---

[1]) John in Holtzendorffs Handbuch, Seite 95 (Band III).

[2]) Vgl. auch Heffter, Lehrbuch des Völkerrechts, § 202, der allerdings kein besonderes Verbrechen des Landesverrats unterscheidet.

solchen wirklich giebt, das werden wir später noch sehen. Mit Recht hat aber schon Meyer[1]) Johns Behauptung dadurch einzuschränken gesucht, dass er den völkerrechtlichen Gesichtspunkt nicht so scharf betont, da ja der betreffende fremde Staat, wie Meyer bemerkt, nicht ein regelrechter zu sein braucht. Aber wir fragen, ob denn Johns Definition so wesentlich von der vor ihm gegebenen abweicht. Was heisst denn das: beim Landesverrat wird der Staat als eine in völkerrechtlicher Gemeinschaft mit anderen Staaten stehende Individualität angegriffen, anders, als, der Staat wird in seiner inneren Stellung angegriffen? Es sei bezüglich des Ausdrucks auch daran erinnert, dass man im Völkerrecht von einem inneren und einem äusseren Staatsrecht spricht, woraus eine Analogie herzuleiten ist. Schliesslich kann man ja aber John mit seinen eignen Waffen schlagen und sagen: Es giebt hochverräterische Handlungen, also Handlungen, die den Staat als ein für sich bestehendes Ganze angreifen, wie z. B. der Regentenmord, welche auch für die völkerrechtliche Stellung des Staates sehr gefährlich sein können. Und umgekehrt! Durch manche landesverräterischen Handlungen, also solche, welche den Staat als eine in völkerrechtlicher Gemeinschaft mit anderen Staaten stehende Individualität angreifen, wird auch leicht dessen staatsrechtliche Stellung gefährdet. Die Kritik und Theorie Johns führt also zu rein negativen Ergebnissen.

Wir möchten folgendes bemerken: Die Einteilung der älteren und herrschenden Lehre hat manches Richtige, aber sie ist nicht scharf genug gefasst und kann vom Standpunkt moderner Auffassung des Landesverrates nicht bestehen bleiben. Ihre Ungenauigkeit besteht darin: Es ist ebenso unrichtig wie unklar, dass beim Hochverrat der Staat als gleichsam anderes Wesen in Betracht kommt als beim Landesverrat. Wenn R. St. G. § 81 Nr. 3 und 4 sagt:

> Wer ausser den Fällen des § 80 es unternimmt, das Bundesgebiet ganz oder teilweise einem fremden Staate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureissen oder
>
> das Gebiet eines Bundesstaats ganz oder teilweise einem anderen Bundesstaate gewaltsam einzuverleiben oder einen

[1]) Lehrbuch Seite 646.

Teil desselben vom Ganzen loszureissen, wird wegen Hochverrats ..... bestraft;

so kommt bei diesen Verbrechen der Staat unbedingt zunächst in seiner äusseren Stellung in Betracht. Demgemäss haben auch ältere und einige neuere Gesetzbücher diesen Fall in der That als Landesverrat behandelt. Was jedoch nach unserer Anschauung diesen Fall sowie überhaupt den Hochverrat vom Landesverrat unterscheidet, das ist die Art und Weise, das sind die Mittel des Angriffs. Liszt hat eine ähnliche Auffassung, wenn er in der oben angegebenen Stelle sagt, das Unterscheidende von Hochverrat und Landesverrat liege darin, dass sich der Thäter bei dem letzteren mit einem fremden Gemeinwesen verbinde. Nur ist die Fassung dieses Grundgedankens falsch. Darin liegt keineswegs der Unterschied, dass beim Landesverrat sich der Thäter mit einer fremden Macht verbindet. Das zeigt zunächst schon § 81 3, 4, das zeigt aber vor allem auch § 84 des R. St. G.s, welcher lautet:

Die Strafvorschriften des § 83 finden auch gegen denjenigen Anwendung, welcher zur Vorbereitung eines Hochverrats entweder sich mit einer auswärtigen Regierung einlässt oder die ihm von dem Reich oder einem Bundesstaate anvertraute Macht missbraucht oder Mannschaften anwirbt oder in den Waffen einübt.

Obwohl hier ebenfalls ein Einlassen mit einer fremden Macht stattfindet, charakterisiert das R. St. G. diesen Fall trotzdem als Hochverrat und weist dem § auch demgemäss seine Stellung im System an. Richtig aber ist an der Listzschen Behauptung der Grundgedanke, dass sich Hochverrat und Landesverrat durch die Mittel unterscheiden, womit der Verrat zur Ausführung gebracht wird. Die Mittel des Hochverrats sind die in den §§ 80—87 aufgezählten. Sie haben als gemeinsames Merkmal die Gewaltsamkeit. Die Mittel des Landesverrats sind die in den §§ 87—92 aufgezählten. Ihr gemeinsames Merkmal ist das heimliche Einlassen mit dem Feinde. Hiernach ergeben sich folgende Definitionen: Staatsverrat nennt man diejenigen Verbrechen, welche sich unmittelbar gegen das Wesen und die Stellung des Staates richten, und zwar ist Hochverrat derjenige Staatsverrat, bei welchem eine gewaltsame Veränderung des Staates bezweckt wird, Landesverrat derjenige Staatsverrat, welcher durch heimliches Einverständnis mit dem Feinde zur Ausführung gebracht

wird[1]). Straflos ist also jede nicht gewaltsame Veränderung des Staates. Andererseits ist ein offenes Einverständnis mit dem Feinde kein Landesverrat, sondern Hochverrat. Unter heimlichem Einverständnis ist dabei natürlich nicht zu verstehen, dass niemand von dem Verbrechen Kunde hat, vielmehr nur, dass der Thäter nicht offen, durch Reden oder Handlungen, den Anordnungen des Staates den Gehorsam aufkündigt.

II. Das Objekt des Landesverrats.

Wir definierten den Landesverrat als einen Staatsverrat, also einen unmittelbaren Angriff gegen den Staat. Dieser Angriff kann begangen werden im Kriege und im Frieden. Das Recht, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, ist nun aber nach deutschem Reichsrecht ein Attribut des Reiches. Jeder Krieg ist Reichskrieg trotz der Kontingentsherrlichkeit der Landesherrn. Objekt des sog. militärischen Landesverrats ist also stets das Reich[2]).

Das Reich kann Gegenstand eines Landesverrats sein, weil es ein Bundesstaat ist. Anders steht es mit dem Staatenbund. Bei einem solchen kann von dem Verbrechen des Landesverrats nur in Beziehung auf die einzelnen Staaten, nicht aber in Rücksicht auf den Bund selbst die Rede sein. So war es auch zur Zeit des deutschen Bundes, obwohl derselbe mancherlei völkerrechtliche Befugnisse hatte[3]).

Gleichgültig ist es bei der Anwendung der betreffenden §§ des R. St. G.s, ob das Reich nur Bundesgenosse ist oder ob es den Krieg selbstständig führt[4]).

Eine andere Frage ist hierbei viel erörtert worden. Es lautet § 11 der Reichsverfassung:

> Das Präsidium des Bundes steht dem Könige von Preussen zu, welcher den Namen Deutscher Kaiser führt. Der Kaiser

---

[1]) Die Definition von Rosshirt, System II, 39, wonach der Hochverrat „das Haupt und den Körper“ angreift, jede „verräterische Beeinträchtigung in einzelnen Rechten und Gütern“ aber Landesverrat ist, ist natürlich falsch.

[2]) Holtz., Handb. III a. a. O.

[3]) Scheurlen, über die Frage etc. a. a. O.

[4]) Meves, die Strafgesetznovelle von 1876: zu § 88.

änderungen etc. giebt[1]). Insoweit ist also auch § 74 der Reichsverfassung nicht mehr in Geltung:

Jedes Unternehmen gegen die Existenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfassung des Deutschen Reichs, endlich die Beleidigung des Bundesrats . . . . . werden in den einzelnen Bundesstaaten beurteilt und bestraft nach Maassgabe der in den letzteren bestehenden oder künftig in Wirksamkeit tretenden Gesetze (?), nach welchen eine gleiche gegen den einzelnen Bundesstaat, seine Verfassung . . . . . begangene Handlung zu richten wäre. —

Wir hatten in unserer Einleitung darauf hingewiesen, wie leicht der Hochverräter von dem Volke als Märtyrer betrachtet wird, wie leicht man an die Ungerechtigkeit der Gesetze zu glauben geneigt ist, denen er zum Opfer fällt. Vollends wird ein anderer Staat und werden dessen Mitglieder alle Handlungen gegen den betreffenden angegriffenen Staat in einem noch viel milderen Lichte sehen, viel nachsichtiger urteilen. Aus solcher Beurteilung heraus hat sich der Begriff des politischen Delikts gebildet[2]). Es sind das also Handlungen, welche in den Augen des Volkes und in den Augen von anderen Staaten als weniger schwer zu rächende Delikte erscheinen, welche aber der Staat mit den härtesten Strafen belegt.

Was die historische Entwickelung dieses Begriffs, dem auch der Landesverrat untersteht, anbetrifft, so wird derselbe zuerst bestimmt in der französischen Charte von 1830 angewendet. Als politische Delikte sind in diesem Gesetze folgende Handlungen bezeichnet:

Die in cap. 1 und 2 des tit. 1 Buch III des code pénal genannten Verbrechen, also

a) Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und zwar

cap. 1. Verbrechen und Vergehen gegen die Sicherheit des Staates,

Abschnitt 1. Verbrechen und Vergehen gegen die äussere Sicherheit des Staates.

Abschnitt 2. Verbrechen und Vergehen gegen die innere Sicherheit des Staates.

---

[1]) Olshausen, Kommentar, vierte Auflage in Übereinstimmung mit Entsch. des R. G. Band XVII Seite 340; Binding, Handbuch, Band I Seite 321; Hälschner, System Band I Seite 114.

[2]) Homberger, Seite 5 ff.

Abschnitt 3. Von der Entdeckung . . . .
cap. 2. Verbrechen und Vergehen gegen die Staatsverfassung . . . .

Das Wesen des politischen Delikts kann nicht darin liegen, dass man bei dem Thäter desselben andere Motive präsumiert als bei denjenigen der übrigen Delikte. Für den Landesverrat ergiebt sich die Falschheit dieser Auffassung nach dem in der Einleitung Gesagten. Auch der Zweck, wie eine andere Auffassung meint, ist nicht das Charakteristische des politischen Delikts, denn derselbe kann, wie wir insbesondere bei Besprechung des § 89 R. St. G.s sehen werden, ein sehr verschiedener sein. Die neuere Strafgesetzgebung legt vielmehr das Gewicht auf das Objekt des Angriffs, den Staat. Die politischen Delikte bilden insbesondere Angriffe auf den territorialen Besitz des Staates, auf das Staatsgebiet. Für sie sind vorzüglich die Auslieferungsverträge von Bedeutung, welche die Einzelstaaten mit dem Auslande abgeschlossen haben. Nach denselben erhalten politische Verbrecher ein Asylrecht. Vgl. das Auslieferungs-Gesetz der Schweiz art. 10. Dasselbe bewilligt die Auslieferung trotz eines politischen Beweggrundes, wenn die Handlung vorwiegend den Charakter eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens hat. Über die Natur dieses letzteren im einzelnen Falle entscheidet das Bundesgericht. Ähnlich das belgische Gesetz vom 22. März 1856 mit der sogen. belgischen Attentatsklausel. Schon das belgische Gesetz von 1833 hatte den politischen Verbrechern das Asylrecht eingeräumt. Vgl. dagegen die russischen Verträge mit Preussen und Bayern von 1885, ferner den deutschen Vertrag mit dem Kongostaat von 1890. Der Begriff des politischen Delikts ist im Auslieferungsrechte derselbe wie im materiellen Strafrechte.

Unter den Landesverrat, also auch unter den Begriff des politischen Delikts, fallen auch einige §§ des Reichs-Militär-St. G. B.s, des Reichspressgesetzes und auch § 329 R. St. G.s[1]).

Die praktische Bedeutung und die wissenschaftliche Brauchbarkeit des Begriffes vom politischen Delikt kann an dieser Stelle nicht erörtert werden.

---

[1]) Vgl. auch art. II—III des Gesetzes vom 5. April 1880 über den Ausschluss der Öffentlichkeit.

III. Die Bezeichnung: Landesverrat.

Verfehlt wie die Konstruktion des Landesverrats ist auch seine Benennung, an deren Stelle wir eine andere vorschlagen wollen. Es wäre ein ebenso unnützes wie lächerliches Unterfangen, an die Stelle althergebrachter Deliktsbezeichnungen wie etwa Mord, Diebstahl, Hausfriedensbruch u. a. m. neue Namen setzen zu wollen. Für diese und eine grosse Zahl anderer Verbrechen und Vergehen sind die Benennungen in Wissenschaft, Gesetz und Volksbewusstsein festgewurzelt. Anders steht es mit dem Landesverrat. Dieser Name für den bestimmten strafrechtlichen Begriff ist kaum ein Jahrhundert alt und auch in dieser Zeit ist er nicht an sehr vielen Stellen gebraucht worden. Dies ist um so erfreulicher, als der Name völlig verkehrt ist.

Es darf zugegeben werden, dass der Landesverrat ein Verrat ist und insofern auf den zweiten Teil des Namens Anspruch hat. Ist er aber ein Verrat des Landes?

Wir haben im vorigen Abschnitt auseinandergesetzt, dass der Staat das Angriffsobjekt des Landesverrats, und aus dem ersten Abschnitt dieses Teiles ist zu ersehen, dass er auch das Objekt des Hochverrats ist. Und zwar ist es der Staat als solcher, als eine juristische Person, als ein abstraktes Gebilde. Es ist nicht das Volk, die Nation, wenn man will; die Summe der Individuen eines Territoriums; es ist — mit einem Worte — nicht das Land, welches verletzt, verraten wird. Nun hat aber die Bezeichnung „Land" noch einen anderen Sinn, welcher die Sache erst recht verwirrt. Wir gebrauchen nämlich den Begriff des „Landes" im Gegensatz zu dem des Reiches und sprechen von einer Landesgesetzgebung, von Landständen u. s. w. In dieser Zusammensetzung bekommt das Wort also den Sinn von: Einzelstaat. Hätten wir die Bezeichnung Landesverrat in diesem Sinne, so müsste ihr ein Reichsverrat entsprechen. In Wahrheit haben wir die verkehrte Bezeichnung aber schon vor dem Reiche gehabt. Im alten deutschen Reiche war man besser daran, weil man den Begriff des Landesverrats noch gar nicht kannte, sondern nur von Hochverrat sprach. Natürlich musste es zu dieser Zeit auch einen Hochverrat gegen das Reich und auch einen solchen gegen die Einzelstaaten geben. Damals war man auch konsequent und sprach von einem Reichshochverrat und einem Landes-

hochverrat [1]). Hätte man damals auch schon Hochverrat und Landesverrat unterschieden, ob man wohl auch so konsequent gewesen wäre, von einem Reichslandesverrat und einem Landeslandesverrat zu sprechen? Wir befinden uns heut in ähnlicher Lage. Das Reich ist mögliches Objekt des Landesverrats, nicht nur die einzelnen Staaten. Schon der Bundesbeschluss vom 18. Oktober 1838 hat dies für den deutschen Bund statuiert und die Verfassung des norddeutschen Bundes art. 75 hat dies auf den norddeutschen Bund ausgedehnt. Die Reichsverfassung aber sagt im art. 75, welcher ebenso wie art. 74 durch die noch zu besprechenden §§ des R. St. G.s und der anderen auf den Landesverrat bezüglichen Gesetze aufgehoben ist [2]):

> Für diejenigen im art. 74 bezeichneten Unternehmungen gegen das Deutsche Reich, welche, wenn gegen einen der einzelnen Bundesstaaten gerichtet, als Hochverrat oder Landesverrat zu qualifizieren wären, ist das gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht der drei freien und Hansestädte in Lübeck die zuständige Spruchbehörde in erster und letzter Instanz. (Die näheren Bestimmungen über die Zuständigkeit und das Verfahren des Ober-Appellationsgerichts erfolgen im Wege der Reichsgesetzgebung. Bis zum Erlasse eines Reichsgesetzes bewendet es bei der seitherigen Zuständigkeit der Gerichte in den einzelnen Bundesstaaten und den auf das Verfahren dieser Gerichte sich beziehenden Bestimmungen.)

Andererseits kann natürlich Landesverrat auch gegen die Einzelstaaten begangen werden. Wollen wir nun nicht von Reichslandesverrat und Landeslandesverrat sprechen, wie es § 136, Z. 1 des Reichsgerichtsverfassungsgesetzes fast thut, und wollen wir uns überhaupt nicht juristisch ungenau ausdrücken, so müssen wir zu neuen Ausdrücken greifen. Zu diesen bieten uns nun aber sowohl die früheren Gesetze wie auch insbesondere die Gesetze anderer Staaten eine Handhabe.

Hochverrat und Landesverrat sind Delikte gegen den Staat; der Landesverrat ist Verrat. Ob auch der Hochverrat nach seinen von uns aufgestellten Kriterien, könnte zweifelhaft erscheinen. Wir

---

1) Scheurlen a. a. O. Seite 501.

2) Rüdorff-Stenglein, Das St. G. B. für das deutsche Reich. 3. Aufl., zu Abschn. 1 des bes. Teiles.

möchten die Frage bejahen, im übrigen aber ihre Beantwortung dahingestellt sein lassen und auf einen Ausspruch von Hepp (a. a. O. Seite 398) hinweisen: „Durch den blossen Namen Hochverrat wird noch nicht juridisch bewiesen, dass derselbe eine Species des Verrats überhaupt sei. Der Name kann leicht zu weit gefasst sein und daran würde die Wissenschaft natürlich nicht gebunden sein“. Es ist ferner nicht zu bezweifeln, dass der Name Hochverrat sich durch jahrhundertelangen Gebrauch in Wissenschaft und Praxis ebenso festgesetzt hat, wie dies beim Namen des Landesverrats nicht der Fall ist. Darum muss der Name Hochverrat beibehalten werden.

Da Hochverrat und Landesverrat einen Verrat gegen den Staat repräsentieren, so sollte der erste Abschnitt des zweiten Teiles des R. St. G.s nicht wie jetzt die Überschrift: Hochverrat und Landesverrat, sondern vielmehr die Überschrift: Staatsverrat führen[1]. Diese Bezeichnung müsste dann zwei Untertitel erhalten und zwar nach dem oben Gesagten: Hochverrat und — wie wir nunmehr vorschlagen wollen — Treuverrat. Ob diese letztere Bezeichnung das Richtige trifft, kann erst nach den folgenden Ausführungen erkannt werden. Es sei auch schon hier zugegeben, dass der Ausdruck nicht alle Merkmale des sog. Landesverrates umfasst. Dies in einem Namen zu bewerkstelligen, ist aber unmöglich, und an Deutlichkeit gäbe der Name Treuverrat dem des Hochverrats sicherlich nichts nach. Allerdings wäre an ihm auszusetzen, dass insbesondere nach germanischer Auffasung jeder Verrat ein Treubruch, mithin Treuverrat ein *ἓν διὰ δυοῖν* ist, ferner dass auch beim Hochverrat die Unterthanentreue verletzt wird. Aber unsere Auffassung über den Verrat ist eine andere, und beim Hochverrat bildet die Verletzung der Treue nicht das hervorstechende Merkmal, welches allein der Name andeuten soll und kann. Wohl aber ist die Verletzung der Treupflicht das wesentlichste Moment des Landesverrats. Nicht gerade, wie wir sehen werden, ist in dem Sinne an eine Treulosigkeit zu denken, dass durch das Verbrechen die Unterthanentreue gebrochen würde — das wäre ja vom Standpunkt des geltenden Rechts schon im Hinblick auf § 91 R. St. G.s verfehlt. Aber wir haben als das

---

[1]) Als Staatsverbrechen im Sinne des preussischen Kompetenzges. vom 25. April 1853 werden in der preuss. Ausf.-Verordnung vom 28. Dezember 1870 zum R. St. G. die §§ 80—94 aufgeführt.

wesentliche, den Landesverrat vom Hochverrat unterscheidende Moment das heimliche, nicht offene Verhandeln mit einer fremden Macht erkannt, und insofern dürfte der Name zutreffend sein. Die Bezeichnung Treue hat, wenn auch im negativen Sinne, noch an einer anderen Stelle des R. St. G.s Platz gefunden, nämlich im 22. Abschnitt des zweiten Teils: Betrug und Untreue. Wir können zur Verteidigung des Ausdrucks Treuverrat den § 266 citieren, der an sich keineswegs auf das darin behandelte Delikt hinweist, der vielmehr erst durch den Machtspruch des Gesetzgebers seinen nunmehr feststehenden Sinn erhalten hat. Andererseits aber enthält der Ausdruck nichts, was dem Charakter des Delikts, zu dessen Bezeichnung er dienen soll, nicht entspräche, wie dies bei dem Namen Landesverrat thatsächlich der Fall ist.

Die Zusammensetzung mit dem Worte „Land" kommt noch in § 125 R. St. G.s als Landfriedensbruch vor. Dass in diesem Delikt in der That die Verletzung sich in erster Linie gegen das Land richtet, ist wohl nicht zu bezweifeln, und insofern lässt sich aus dieser Zusammensetzung für den Ausdruck Landesverrat nichts folgern.

IV. Einteilung des Landesverrats.

Die gewöhnliche Einteilung des Landesverrats, welche fast alle Lehrbücher des Strafrechts angenommen haben, ist diejenige in militärischen und diplomatischen Landesverrat. Jedoch hat diese Einteilung kaum irgendwelche Berechtigung.

Zunächst muss festgestellt werden, dass dem Gesetze selbst die fragliche Trennung fremd ist. Es überschreibt den ersten Abschnitt des zweiten Teiles nur: Hochverrat und Landesverrat und macht in den auf diese Delikte sich beziehenden §§ 80—94 überhaupt keine weiteren Abstufungen. Es ist nur zu ersehen, dass die §§ 80—87 den Hochverrat, die §§ 87—93 den Landesverrat behandeln sollen und dass § 93 eine gemeinsame Bestimmung für beide Delikte trifft. Dem Landesverrat sind 6 §§ eingeräumt. Nach der landläufigen Einteilung umfasst der sog. militärische Landesverrat die §§ 87—92, also fünf §§ und der sog. diplomatische Landesverrat den § 92, also einen einzigen §. Dass die Einteilung dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich widerspricht, kann schon aus dieser Betrachtung er-

sehen werden. Sehen wir nun aber noch näher auf das Einzelne, so hat schon Kries in seinem ungemein scharfsinnigen Aufsatze in der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", Band VII, Seite 598 richtig bemerkt, dass der § 92, Abs. 1 unter anderem von der Mitteilung von Festungsplänen spricht. Sollte aber in der That eine Mitteilung solcher ein diplomatischer und kein militärischer Landesverrat sein? Kries weist ferner darauf hin, dass das Delikt des § 92 ja auch im Kriege begangen werden könnte. Wir können hinzufügen, dass die Einteilung seit Erlass des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse noch unhaltbarer geworden ist. Es wird dort Strafe angedroht für den Verrat von Vorgängen und Thatsachen, welche doch in weit entfernterem Grade als Festungspläne unter dem Begriff des Militärischen Aufnahme finden könnten. Wer den Verrat militärischer Geheimnisse nicht als diplomatischen Landesverrat gelten lassen will, wird schon zu einer Dreiteilung des Landesverrats schreiten müssen, wozu er dann vielleicht § 92, Abs. 1 hinzunähme. Der Wert dieser Einteilung ist kaum noch zweifelhaft zu nennen.

Mit Abweisung dieser Einteilung fällt übrigens — wie wir bemerken wollen — die oben citierte Analogisierung Johns, wonach es ebenso einen militärischen und einen diplomatischen Landesverrat, wie ein Völkerrecht bezüglich des Krieges und bezüglich des Friedens giebt. —

Damit haben wir die allgemeinen Gesichtspunkte für das behandelte Delikt erschöpft und wenden uns zu den Einzelheiten. Im Anschluss an das Gesagte und im Hinblick auf die folgende Darstellung sei nur noch folgendes bemerkt: Das Delikt des Landesverrats hat mehr Formen oder lässt wenigstens mehr Formen denken, als das R. St. G. deren aufzählt. Wir haben im ersten Teile gesehen, dass frühere deutsche Gesetzbücher z. B. die Grenzveränderung ebenfalls als Landesverrat auffassten, und das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse sowie mancherlei Bestimmungen ausländischer Gesetzbücher werden uns davon überzeugen, dass der Landesverrat ein Delikt ist, dessen nähere Definierung der Willkür des Gesetzgebers überlassen bleibt und dass nur wenige Grundgedanken des Begriffs feststehen. Die einzelnen Fälle des Verbrechens sind im R. St. G. sowie in den darauf bezüglichen strafrechtlichen Nebengesetzen aufgezählt. Eine Extensivinterpretation ist natürlich un-

statthaft. Insofern soll sich auch die folgende Darstellung nur oder doch hauptsächlich mit den Fällen beschäftigen, welche vom R. St. G. bezw. den Nebengesetzen als Landesverrat aufgefasst werden.

V. § 87 R. St. G.s.[1])

Die Konstruktion des Landesverrats macht Schwierigkeiten, weil das R. St. G. — richtig vom Standpunkt des Gesetzgebers — keine Definition desselben giebt. Es sind nur die einzelnen Formen des Verbrechens aufgezählt. An deren erster Stelle steht der § 87 R. St. G.s, welcher folgendermassen lautet:

> Ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einlässt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.
>
> Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.
>
> Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Thäter kann nur ein Deutscher sein. Über die Behandlung der Ausländer werden wir später sprechen. Man wird Deutscher, indem man die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate erwirbt (§ 1 des Gesetzes über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870). Die Staatsangehörigkeit in einem Bundesstaate wird begründet (§ 2 des Gesetzes):

1. durch Abstammung,
2. durch Legitimation,
3. durch Verheiratung,
4. durch Aufnahme,
5. durch Naturalisation.

II. Die zweite Voraussetzung dieser Art des Landesverrats ist:

---

[1]) Vgl. zunächst Entwurf 1, § 74; Entwurf 2, § 85. Stenogr. Ber. der Legisl.-Per. 1870, Seite 350—359; Seite 1165 ff.

eine ausländische Regierung. Rubo[1]) versteht unter einer solchen auch die Regierung eines deutschen Bundesstaats, eine Ansicht, welche im Hinblick auf natürliche Auffassung und Sprachgebrauch mit Recht keinen Anhänger gefunden hat. Mit dem Worte „Regierung“ ist ein regelrechtes, geordnetes Staatswesen erfordert, im Gegensatz zu den folgenden §§, in denen nur von der feindlichen Macht bezw. der Kriegsmacht die Rede ist.

III. Mit dieser ausländischen Regierung muss sich der Thäter des Landesverrats einlassen. Über die Bedeutung dieses Wortes ist Streit entstanden. Es ist für nötig zu erachten, dass auch der andere Teil d. h. die ausländische Regierung auf das Angebot von Seiten des Thäters eingeht und es reicht nicht aus, dass nur der Thäter Anträge stellt[2]). Gleichgültig ist es natürlich, von welcher Seite die Initiative zu dem Einlassen ausging. Das Einlassen muss vor einem ev. Kriege geschehen, im anderen Falle kommen die folgenden §§ des R. St. G.s zur Anwendung[3]).

Mit dem Einlassen ist das Delikt vollendet. Versuch ist gemäss § 43 R. St. G.s möglich. Über seine Annahme ist im einzelnen Falle zu prüfen.

Nach § 46, Abs. 2 bleibt der Versuch als solcher straflos,

> wenn der Thäter zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens . . . gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

Da die That, um welche es sich hier handelt, ein Einlassen, also ein Verbinden mit anderen ist, so ist ein freiwilliger Rücktritt des Thäters ohne Belang oder vielmehr unmöglich[4]). Der Fall der thätigen Reue ist gänzlich ausgeschlossen.

IV. Das Einlassen muss geschehen, um die Regierung zu einem Kriege etc. zu veranlassen. In dem „um“ liegt der dolus enthalten. Der dolus liegt an sich nicht in dem Begriffe des Verrats[5]), sondern ist in den einzelnen Fällen besonders zu erweisen. Worauf der Vorsatz abzielen muss, sagt das Gesetz, nämlich: die ausländische

---

[1]) Rubo, Kommentar zu § 87.
[2]) Schwarze, Kommentar, 4. Aufl., zu § 87.
[3]) Oppenhoff, St. G. B. 10. Aufl., zu § 87.
[4]) Ebenso Schwarze a. a. O.
[5]) Berner, Lehrb., Seite 360.

Regierung zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen; es ist also nötig ein Veranlassen der ausländischen Regierung zum Kriege, nicht ein Veranlassen zum Kriege[1]. Der dolus ist nicht etwa jener animus hostilis des römischen Rechts; der letztere, wenn er überhaupt je gefordert wurde, entspricht jedenfalls modernen Verhältnissen und moderner Auffassung nicht mehr. Eine „landesverräterische" Absicht ist nicht nötig. Für uns ist der animus hostilis höchstens ein Motiv, welches zur Strafbarkeit ohne Bedeutung ist; der Thäter muss nur den Willen gehabt haben, mit seiner Handlung den im § 87 erwähnten Erfolg zu erreichen. Einer besonderen Erwähnung des dolus etwa durch Gebrauch des Wortes: vorsätzlich, bedurfte es bei der sonstigen Fassung des § nicht.

V. Es ist noch der Begriff des Veranlassens zu berühren. In den §§ 130a, 340 und 342 spricht das R. St. G. von einer Veranlassung zur Ausübung des Amtes. In demselben Sinne bedeutet auch veranlassen in § 87 nichts anderes als den Anstoss zur Ausführung einer Handlung geben. Diese Ausführung braucht nicht thatsächlich erfolgt zu sein.

VI. Im zweiten Teile des ersten Abs. des § 87 wird die That durch den Umstand qualifiziert, dass der Krieg ausgebrochen ist. Der Fall des Ausbrechens des Krieges bildet einen sog. straferhöhenden Umstand gemäss §§ 262, 264 St. P. O., er gehört aber nicht zum Thatbestand.

Ein hartnäckiger Streit ist über das Verhältnis entstanden, in welchem das Veranlassen zum Kriege zum Ausbruch desselben stehen müsse. Die einen[2] meinen, in Erwägung, dass der Zusammenhang in solchen Fällen schwer zu ergründen sei, man solle von der Annahme eines Kausalzusammenhanges zwischen Veranlassung und Ausbruch absehen. Gemässigter ist Oppenhoff, welcher (a. a. O.) sagt: „Ist der vom Landesverräter gewollte Krieg ausgebrochen, so ist die Verhängung der grösseren Strafe nicht durch den Nachweis bedingt, dass dies durch die Thätigkeit des Angeschuldigten resp. mit dadurch gekommen; nur zeitlicher Zusammenhang ist nötig; im übrigen genügt eine Thätigkeit untergeordneter Art". Eine solche Auffassung widerspricht dem Gerechtigkeitsgefühl und — was für die Beweis-

[1]) Oppenhoff a. a. O.

[2]) So Rüdorff-Stenglein, Seite 286.

führung noch erheblicher ist -- dem Wortlaut des Gesetzes. Es heisst in diesem: „wenn der Krieg ausgebrochen ist". Jeder unbefangen Lesende sieht sofort, dass der Gesetzgeber damit an die Notwendigkeit eines nicht nur zeitlichen Zusammenhanges zwischen Veranlassung und Ausbruch des Krieges gedacht hat.

Man muss also verlangen, dass, wenn die Qualifizierung in Wirksamkeit treten soll, der Angeklagte wenigstens eine Mitursache zu dem betreffenden Kriege gewesen ist [1]). Man wird dabei nicht allzu peinlich zu Werke zu gehen, sondern nur sorgsam den einzelnen Fall im Auge zu halten haben. Wenn § 307 R. St. G.s die Brandstiftung dadurch qualifiziert, dass der Brand den Tod eines Menschen verursacht hat, so kann hieraus nichts für Anwendung des § 87 hergeleitet werden. Ein so inniger Zusammenhang zwischen Ursache und Erfolg wie in § 307 ist in § 87 nicht nötig. Aber stets muss der Krieg, d. h. der von dem Thäter gewollte Krieg ausgebrochen sein, und dieses Wollen darf nicht vermutet, sondern es muss festgestellt werden [2]). Ein Versuch ist bei diesem zweiten Teile des § 87 Abs. 1 logisch unmöglich.

VII. Das Reichsgericht hat zutreffend (Entsch. Band XVI, S. 165) das Verhältnis des § 87 zu § 81 No. 3 behandelt; wir gehen darauf kurz ein. „Fällt der Krieg als Mittel, um durch denselben das Bundesgebiet ganz oder teilweise einem fremden Staate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureissen, unter den Begriff der Gewalt im Sinne des § 81 No. 3 St. G. B.s? Verhältnis des § 87 St. G. B.s zu § 81 No. 3, wenn das an letzterer Stelle bezeichnete hochverräterische Unternehmen durch Krieg ausgeführt werden soll, behufs dessen Herbeiführung ein Deutscher sich mit einer ausländischen Regierung einlässt" — so lauten die aufgeworfenen Fragen. In den Gründen heisst es: Der Krieg als bewaffnete Selbsthülfe einer staatlichen Macht gegen die andere fällt zweifellos unter den Begriff der Gewalt, wie solche der Thatbestand des in § 81 No. 3 R. St. G.s bezeichneten hochverräterischen Unternehmens voraussetzt; allerdings steht der reguläre, zwischen souveränen Staaten geführte Krieg an sich unter den Normen des Völkerrechts; deshalb kann man auch nicht sagen, dass die Thätigkeit der-

[1]) Richtig John a. a. O. zu § 87.

[2]) Anderer Meinung Schütze, Lehrb.

jenigen Personen, welche der Verfassung und den Gesetzen gemäss berechtigt und berufen sind, über Krieg und Frieden zu entscheiden oder bei der Entscheidung mitzuwirken, den Krieg vorzubereiten oder an demselben nach dessen Ausbruch als Kombattanten oder in sonstiger Eigenschaft thätig Anteil zu nehmen, anders als nach den Normen des Völkerrechts beurteilt und behandelt werden; es erscheint deshalb insbesondere von vornherein ausgeschlossen, dass diese völkerrechtlich gedeckten und daher im strafrechtlichen Sinne nicht rechtswidrig handelnden Personen mit ihrer Thätigkeit in einer unter die Strafgesetze des anderen Staates fallenden Weise eines gegen diesen Staat gerichteten hochverräterischen Unternehmens sich schuldig machen können, dies auch dann, wenn der vom Auslande gegen das Deutsche Reich geführte Krieg als Zweck die Eroberung eines Teiles des deutschen Bundesgebietes hat; freilich ist das Einlassen mit einer auswärtigen Regierung, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, an sich Landesverrat; geschieht dies aber zum Zwecke der Vorbereitung oder Durchführung eines hochverräterischen Unternehmens, so liegt Landesverrat und Hochverrat in einer der in den §§ 81—86 R. St. G.s bezeichneten Formen und zwar, richtiger Ansicht nach, in idealem Zusammenfluss, keineswegs aber Gesetzeskonkurrenz vor, denn die Veranlassung der auswärtigen Regierung zu einem Kriege gegen Deutschland braucht nicht notwendig zu hochverräterischen Zwecken, insbesondere zum Zwecke der Losreissung deutscher Gebietsteile zu geschehen. Wenn das Einlassen mit einer auswärtigen Macht der Vorbereitung eines Hochverrats dienen soll — § 84 R. St. G.s —, so kann § 87 mit den §§ 81—86 — gemäss § 73 R. St. G.s — also ideell konkurrieren; zur Anwendung kommt dann das „schwerste“ Strafgesetz. —

VI. Der § 88 R. St. G.s.

§ 88 lautet:

Ein Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wird wegen Landesverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Ein Deutscher, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, wird, wenn er nach Ausbruch des Krieges in der feindlichen Kriegsmacht verbleibt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wegen Landesverrats mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Diese Fassung ist durch die Novelle vom 26. Februar 1876 herbeigeführt worden. Vordem lauteten Absatz 1 und Absatz 3:

Ein Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges im feindlichen Heere Dienste nimmt und die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wird wegen Landesverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Ein Deutscher, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, wird, wenn er nach Ausbruch des Krieges in denselben verbleibt und die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wegen Landesverrats mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft . . . . .

Inwiefern dadurch „Redaktionsversehen“ gebessert worden sind, wird an den betreffenden Stellen erörtert werden.

II. Möglicher Thäter ist nur ein Deutscher.

III. Es muss ein Krieg gegen das Deutsche Reich ausgebrochen sein. Ausbruch des Krieges ist Kriegserklärung, nicht bloss Mobilmachung oder Kriegsbereitschaft[1]). Die erste ausdrückliche oder thatsächliche Kriegserklärung bildet den Anfangspunkt des ausgebrochenen Krieges[2]). Nach — allerdings nicht unbestrittener —

[1]) Meves: Die Strafgesetz-Novelle, zu § 88.

[2]) Schwarze, Komm.

richtiger Ansicht ist ein Krieg gegen das Deutsche Reich auch ausgebrochen, wenn ein Bundesstaat angegriffen ist, weil nach den oben zitierten Eingangsworten der Reichsverfassung der Bund zum Schutze des Bundesgebietes errichtet ist.

IV. Während dieses ausgebrochenen Krieges muss der Thäter, nach weiterer Voraussetzung des § 88, in der feindlichen Kriegsmacht

1. Dienste nehmen, also Mitglied der feindlichen Kriegsmacht sein. Ob es unter Umständen nicht genügt, nur im Dienste eines Mitgliedes der feindlichen Kriegsmacht zu stehen, muss Sache thatsächlicher Feststellung bleiben[1]. Die Strafbarkeit wird auch begründet dadurch, dass der Thäter

2. die Waffen trägt

a) gegen das Deutsche Reich oder

b) gegen dessen Bundesgenossen, worunter natürlich nur am Kriege teilnehmende Mächte zu verstehen sind[2]. Indem die Novelle das „und" vor den Worten „die Waffen trägt" in ein „oder" veränderte, lässt sie das Dienstnehmen und das Waffentragen bezw. in Abs. 3 das beim Feinde Verbleiben und das Waffentragen jedes für sich schon ausreichen, um die Strafbarkeit zu begründen. Dadurch sind auch Nichtcombattanten, wie Ärzte oder Militärbeamte dem Paragraph unterstellt[3].

Was den Begriff des Waffentragens anbelangt, so bedeutet dasselbe „Teilnahme an den kriegerischen Operationen des Feindes, sollten diese auch nur im Ausrücken ins Feld bestehen"[4]. Dass die Waffen wirklich gebraucht werden, ist nicht erforderlich, wie aus dem Ausdruck „trägt" hervorgeht.

V. Für die Worte „im feindlichen Heere" bezw. „in fremden Kriegsdiensten" setzte die Novelle „in der feindlichen Kriegsmacht". Durch diese Änderung ist auch das Dienen in der Marine unter Strafe gezogen. Eine Definition des Begriffes Kriegsmacht lässt sich kaum geben; die letztere besteht jedenfalls aus Heer und Marine. Wer zur Kriegsmacht gehört, das richtet sich natürlich nicht nach den Einrichtungen der feindlichen Macht, sondern denen des Reichs.

---

[1]) Anders Rubo, zu § 88.

[2]) Oppenhof, zu § 88.

[3]) Rüdorff, S. 287.

[4]) Oppenhof, zu § 88.

Dass die gemäss § 88 Abs. 2 für den Fall der mildernden Umstände eintretende Festungshaft nur bis zu zehn Jahren gehen kann, ist selbstverständlich; ebenso dass der Absatz 4 sowohl bei Annahme mildernder Umstände als auch im Falle des Abs. 3 zur Anwendung kommen kann.

VII. Unterstützung des Feindes in Kriegszeiten.

Wir fassen unter dieser Überschrift die Bestimmungen zusammen, welche in den §§ 89 und 90 R. St. G.s und im Militär-St. G. B. stehen.

A. Der § 89 R. St. G.s.

Er lautet:

> Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachteil zufügt, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.
>
> Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Möglicher Thäter ist nur ein Deutscher.

II. Bezüglich des gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges vergl. S. 32; bezüglich des Begriffes feindliche Macht S. 33. Über den letzteren ist hier noch hinzuzufügen, dass zur Kriegsmacht jede in dem Kriege gegen das Deutsche Reich „thätige und verwendbare“ Macht gehört, nicht bloss die regulären Truppen, also z. B. auch Freischaaren [1]).

III. Das Delikt des § 89 besteht darin, dass der Thäter entweder positiv dem Feinde

1. Vorschub leistet, d. h. „die Lage des Feindes zu einer günstigeren macht, als sie bis jetzt gewesen ist“ [2]). Dies kann natürlich

---

[1]) Oppenhoff a. a. O.

[2]) John a. a. O.

nicht nur durch unmittelbare Begünstigung der militärischen Operationen, sondern auch auf jedem anderen Wege geschehen, z. B. durch finanzielle Unterstützung des Feindes, etwa durch Beteiligung an feindlichen Kriegsanleihen. Das Delikt kann aber auch dadurch begangen werden, dass der Thäter

2. den Truppen des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachteil zufügt, was ebenfalls auf die verschiedenste Weise geschehen kann.

IV. Das Verbrechen ist mit der Verwirklichung des Vorteils bezw. des Nachteils vollendet. Ist ein Vorteil oder Nachteil noch nicht erreicht, so liegt Versuch vor.

V. Bezüglich des dolus ist folgendes zu bemerken: Der Ausdruck „vorsätzlich" bedeutet nichts anderes als der im preussischen St. G. B. gebrauchte Ausdruck „wissentlich". Vorsatz ist nicht identisch mit Absicht. Es ist also zur Strafbarkeit nicht erforderlich, dass der Thäter beabsichtigte, Vorschub zu leisten bezw. Nachteil zuzufügen, wohl aber muss er sich bei Vornahme seiner Handlung bewusst gewesen sein, dass dieselbe diesen Erfolg haben könnte. Aus diesem Grunde macht sich in dem oben erwähnten Beispiel derjenige, welcher sich an einer feindlichen Kriegsanleihe beteiligt, auch dann des Landesverrats schuldig, wenn seine Absicht lediglich auf Geldgewinn gerichtet war [1]). Vorsatz ist also auch nicht animus hostilis, da es nicht auf das Motiv ankommt.

Im Gegensatz zu §§ 87 und 88 ist in § 89 ebenso wie in den §§ 90, 92 der Vorsatz bloss erwähnt, um die Annahme einer culpa, welche in den letzteren §§ möglich ist, ausdrücklich auszuschliessen.

Das Bewusstsein des Thäters von dem möglichen Erfolg seiner Handlung muss festgestellt werden. Damit ist keineswegs der Wille der Vorschubleistung — wenn Wille gleich Absicht ist — festgestellt, und es ist nicht richtig, dass durch die Feststellung des ersteren die des letzteren gegeben sei. Sollte Wille die gewöhnliche psychologische Bedeutung haben, so läuft die ganze Unterscheidung auf eine unfruchtbare Spitzfindigkeit hinaus [2]).

Gegenüber der allgemein angenommenen Ansicht glaubt John, dass durch den Vorsatz nicht nur die Annahme einer fahrlässigen

[1]) Erkenntnis des Ob. Trib. vom 3. April 1871, vgl. Goltd., Arch. XIX, S. 407 und Rechtsprechung des Preuss. Ob. Trib. in Strafsachen XII, S. 196; Rüdorff S. 288.

[2]) Vgl. Oppenhof a. a. O. gegen Rubo a. a. O.

Begehung ausgeschlossen werden sollte, sondern dass der Thäter, was er gethan hat, gethan haben müsse, um Vorschub zu leisten. Das ist eine unglückliche Identifizierung von Vorsatz und Absicht, von der unser R. St. G. an dieser Stelle jedenfalls nichts weiss [1]).

Liegen die Voraussetzungen des § 52 R. St. G.s vor, so ist natürlich die Strafbarkeit ausgeschlossen.

VI. Der Abs. 2 greift auch bei Annahme mildernder Umstände Platz.

VII. Das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse änderte das Wort „Truppen" in „Kriegsmacht", so dass auch die Marine des Feindes unter § 89 fällt.

B. Der § 90 R. St. G.s.

Er lautet:

Lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt im Falle des § 89 ein, wenn der Thäter

1. Festungen, Pässe, besetzte Plätze oder andere Verteidigungsposten, imgleichen Teile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht in feindliche Gewalt bringt;
2. Festungswerke, Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine, öffentliche Gelder, Vorräte von Waffen, Schiessbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen, sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel in feindliche Gewalt bringt oder zum Vorteile des Feindes zerstört oder unbrauchbar macht;
3. dem Feinde Mannschaften zuführt oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht verleitet, zum Feinde überzugehen;
4. Operationspläne oder Pläne von Festungen oder festen Stellungen dem Feinde mitteilt;
5. dem Feinde als Spion dient oder feindliche Spione aufnimmt, verbirgt oder ihnen Beistand leistet, oder
6. einen Aufstand unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht erregt.

In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren erkannt werden. Sind mildernde Umstände vor-

[1]) Siehe auch Schwarze, Komm., zu § 89; ferner vgl. Goltd., Arch., Band XIX S. 396; allgem. deutsche Strafrechtszeitung 1871, S. 105.

handen, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein. Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Das Gesetz gegen den Verrat mil. Geh. änderte die frühere Fassung des § 90 in folgendem:

1. Statt „lebenslängliche Zuchthausstrafe trifft einen Deutschen, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges . . .“, bezieht sich das Gesetz in seiner jetzigen Fassung auf § 89 bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen. Abgesehen davon, dass diese Fassung kürzer als die frühere und ebenso deutlich wie sie ist, verbessert sie einen gefährlichen Fehler. Die frühere ungenaue Fassung brachte es nämlich mit sich, dass eine formalistische Jurisprudenz, am Wortlaut klebend, es nicht für nötig hielt, wie es jetzt der Sinn der Änderung verlangt, dass der Thäter die im § 90 erwähnten Handlungen beging, um Vorschub zu leisten. Rubo (Komm. zu § 90) konstruierte dann folgende Beispiele: Es wäre derjenige Feldherr zu bestrafen, welcher erfolgreich das deutsche Heer dadurch zu retten oder zum Siege zu führen versucht, dass er mit dem Bewusstsein, einzelne Offiziere und Soldaten in feindliche Gewalt zu bringen (§ 90, No. 1), auf dem einen Flügel eine Scheinoperation macht und mit dem anderen Flügel demnächst den irregeführten Feind umgeht. Ferner wäre derjenige strafbar, welcher vor seinem Hause einen tödlich verwundeten Spion erblickt, diesen bei sich aufnimmt (§ 90, No. 5) und ihm bis zu seinem alsbaldigen Tode hülfreichen Beistand leistet, obgleich er sich bewusst ist, dass der von im Aufgenommene ein feindlicher Spion ist[1]). Freilich hätten die genannten Thäter wohl Begnadigung zu erhoffen gehabt, aber eine am Worte hängende Rechtsprechung hätte doch mit dem Gesetze viel Unheil anrichten können. Der Fehler wäre übrigens vermieden worden, wenn das R. St. G. dem preussischen St. G. B. gefolgt wäre und nicht aus dessen § 69 zwei §§ gemacht, sondern wie jenes nur einen Übergang zu den qualifizierten Handlungen durch Gebrauch der Worte „unter der Voraussetzung“ gemacht hätte.

Nach der jetzigen Fassung des § 90 sind dessen allgemeine Voraussetzungen dieselben wie die des § 89; nur die Art und Weise

---

[1]) Vgl. das Urteil des Ob. Trib. bei Goltd., Arch., Band V, S. 93.

der Vorschubleistung ist näher bezeichnet. Auch bezüglich des dolus gilt das bei § 89 Gesagte, und wenn der Bundeskommissar Dr. Leonhardt im Reichstage (Stenogr. Ber. S. 368) bei Verteidigung der redaktionellen Änderung des preussischen St. G. B.s und des ersten Entwurfes das „vorsätzlich" durch „landesverräterische Absicht" erklärte, so hat er geirrt.

2. Statt der früheren Worte „imgleichen deutsche oder verbündete Truppen oder einzelne Offiziere oder einzelne Soldaten . . ." steht jetzt „imgleichen Teile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht". Bezüglich der Veränderungen der „Truppen" in „Kriegsmacht" ist das bei §§ 88 und 89 Gesagte zu vergleichen. Übrigens ist das „oder" in der früheren Fassung besonders unrichtig gewesen; danach sind nämlich Offiziere keine Soldaten.

3. Vor „Fahrzeuge" stand vordem noch „andere"; statt „Kassen, Zeughäuser, Magazine oder andere Vorräte von Waffen" ist gesetzt „öffentliche Gelder, Vorräte von Waffen". Hinter „Kriegsbedürfnissen" sind die Worte „sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel" eingeschoben bezw. die ersten beiden an eine andere Stelle gebracht worden.

Dass unter „Schiffen" nur die Kriegsmarine verstanden werde, nicht auch Kauffahrteischiffe, ist nach der jetzigen Fassung nicht mehr richtig [1]).

4. Statt „Soldaten des deutschen oder verbündeten Heeres" heisst es jetzt „Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht".

5. In No. 6 ist statt „unter den deutschen oder verbündeten Truppen": „unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht" gesetzt.

6. Neu ist Abs. 2.

II. Im einzelnen bemerken wir: Die technischen Ausdrücke bedürfen keiner Erläuterungen, mit Ausnahme folgender, welche nicht unbestritten geblieben sind.

1. „Vorräte" bedeuten eine erhebliche Anzahl. Derselbe Ausdruck findet sich in Verbindung mit dem Worte „Waaren" in § 308, Nr. 6 R. St. G.s.

---

[1]) Schwarze, zu § 90.

2. „Eisenbahnen“ sind nicht alle Bahnanlangen, sondern nur die mit mechanischen Naturkräften betriebenen [1]).

3. Der Zusatz in No. 2: „zum Vorteile des Feindes“ ist unnütz. Jemand, der etwa Eisenbahnanlagen zerstört, damit sie dem Feinde nicht in die Hände fallen, ist schon nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 90 nicht strafbar [2]).

4. „Mannschaft“ bedeutet ein „discipliniertes Ganzes“. Den Gegensatz dazu bildet der „bewaffnete Haufen“ des § 127 R. St. G.s.

5. Im bayerischen Militär St. G. B. von 1813 ist der Begriff des Spions dahin definiert: „es soll derjenige als Spion angesehen werden, welcher ertappt wird im Aufnehmen von Plänen des Lagers, der Quartiere, Kantonierungen, Befestigungen, Zeughäuser, Militärmanufacturen und sonstigen Militäranstalten, Kanäle, Flüsse, kurz alles dessen, was zur Verteidigung und Erhaltung des Landes und seiner Verbindungen dient“. Die Aufzählung ist unnütz, weil sie nicht erschöpfend sein kann. Spion ist ein Angehöriger des feindlichen Staates, welcher heimlich Erkundigungen über Vorgänge oder Anlagen des gegnerischen Staates einzuziehen sucht, in der Absicht, dieselben dem Feinde zu verraten. Es ist nun die Aufnahme und das Verbergen von Spionen strafbar, auch wenn die Spionage nicht gefördert werden sollte. Die Strafen können in Fällen der letzteren Art zu grossen Härten führen. Bezüglich der Beistandleistung ist jedoch erforderlich, dass sie zur Erreichung der Zwecke des Spions geschieht. Eine Unterstützung etwa, den Spion der Bestrafung zu entziehen, reicht nicht aus [3]). Angehörige des Spions bleiben mangels gesetzlicher Bestimmungen nicht straffrei.

Der Spion wird in Kriegszeiten nach geltendem Völkerrecht erschossen.

Als den Grund, warum Spione (ohne Unterschied, ob sie Unterthanen oder Fremde sind, von jeher) erschossen werden, hat man die militärische Art, dieses Verbrechen zu behandeln, angeführt [4]).

6. Die Strafe des § 90 ist lebenslängliches Zuchthaus. Der

---

[1]) So Liszt im Einverständnis mit dem Sprachgebrauch. Dagegen Olshausen, Komm., zu § 243, Nr. 4, Note 17. Vgl. auch Loock, der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen, 1893, S. 51 und 155.

[2]) Oppenhoff a. a. O.

[3]) Oppenhoff a. a. O.

[4]) Klein, Grundsätze, § 508.

Reichstag wollte daneben, also wahlweise, lebenslängliche Festungshaft gestellt wissen. Der darauf bezügliche Beschluss wurde in zweiter Lesung angenommen, auf besonderes Verlangen des Bundesrats aber bei der dritten Lesung wieder beseitigt (Stenogr. Ber. S. 1167).

C. Die Bestimmungen des Militärstrafrechts.

Das Militär St. G. B. für das deutsche Reich vom 20. Juni 1872 gilt für Militärpersonen, d. h. nach § 4 des Gesetzes für Personen des Soldatenstandes und Militärbeamte, welche zum Deutschen Heere oder zur Kaiserlichen Marine gehören. Nach § 6 unterliegen Personen des Beurlaubtenstandes den Strafvorschriften des Gesetzes in der Zeit, in welcher sie sich im Dienste befinden. Auf die genannten Personen beziehen sich also die Bestimmungen über den Landesverrat. Dieser ist behandelt im ersten Abschnitt des ersten Titels des zweiten Teiles: Hochverrat, Landesverrat, Kriegsverrat.

Nach dem einleitenden § 56 finden die Vorschriften des R. St. G.s über den Landesverrat auch auf Personen des Soldatenstandes Anwendung:

§ 57 bringt die erste Sonderbestimmung:

> Wer im Felde einen Landesverrat begeht, wird wegen Kriegsverrat mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

Was „im Felde" heisst, sagen die §§ 9 und 10:

> Die in diesem Gesetze für strafbare Handlungen im Felde gegebenen Vorschriften (Kriegsgesetze) gelten:
>
> 1. für die Dauer des mobilen Zustandes des Heeres, der Marine oder einzelner Teile derselben;
> 2. für die Dauer des nach Vorschrift der Gesetze erklärten Kriegszustandes in den davon betroffenen Gebieten;
> 3. in Ansehung derjenigen Truppen, denen bei einem Aufruhr, einer Meuterei, oder einem kriegerischen Unternehmen der befehligende Offizier dienstlich bekannt gemacht hat, dass die Kriegsgesetze für sie in Kraft treten, für die Dauer dieser Zustände;
> 4. in Ansehung derjenigen Kriegsgefangenen, welchen der höchste an ihrem Aufenthaltsorte befehligende Offizier dienstlich

bekannt gemacht hat, dass die Kriegsgesetze für sie in Kraft treten (§ 9).

Den Kriegsgesetzen unterworfen sind im Falle des § 9 No. 1:

1. Die Personen des aktiven Dienststandes von dem Tage ihrer Mobilmachung bis zu ihrer Demobilmachung;
2. die Personen des Beurlaubtenstandes von dem Tage, zu welchem sie einberufen sind, bis zu ihrer Entlassung.

Der § 57 bezieht sich auf alle §§ des R. St. G.s über den ıandesverrat.

§ 58 M. St. G. B.s schliesst sich an § 90 R. St. G.s an, ergänzt enselben aber mit Rücksicht auf militärische Veranstaltungen. Seine ›rrekten Eingangsworte sind beachtenswert.

Wegen Kriegsverrats (§ 57) wird mit dem Tode bestraft, wer mit dem Vorsatze, einer feindlichen Macht Vorschub zu leisten oder den deutschen oder verbündeten Truppen Nachteil zuzufügen,

1. eine der im § 90 des deutschen St. G. B.s bezeichneten strafbaren Handlungen begeht;
2. Wege oder Telegraphenanstalten zerstört oder unbrauchbar macht;
3. das Geheimnis des Postens, das Feldgeschrei oder die Losung verrät;
4. vor dem Feinde Meldungen oder dienstliche Mitteilungen falsch macht, oder richtige zu machen unterlässt;
5. dem Feinde als Wegweiser zu einer militärischen Unternehmung gegen deutsche oder verbündete Truppen dient oder als Wegweiser kriegführende deutsche oder verbündete Truppen irreleitet;
6. vor dem Feinde in einer Weise, welche geeignet ist, die Truppen zu beunruhigen der irrezuleiten, militärische Signale oder andere Zeichen giebt, zur Flucht auffordert oder das Sammeln zerstreuter Mannschaften verhindert;
7. einen Dienstbefehl ganz oder teilweise unausgeführt lässt oder eigenmächtig abändert;
8. es unternimmt, mit Personen im feindlichen Heer, in der feindlichen Marine oder im feindlichen Lande über Dinge,

welche die Kriegführung betreffen, mündlich oder schriftlich Verkehr zu pflegen oder einen solchen Verkehr zu vermitteln;

9. feindliche Aufrufe oder Bekanntmachungen im Heer verbreitet;
10. die pflichtmässige Fürsorge für die Verpflegung der Truppen unterlässt;
11. feindliche Kriegsgefangene freilässt oder
12. dem Feinde ein Signalbuch oder einen Auszug aus einem solchen mitteilt.

In minder schweren Fällen tritt Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliches Zuchthaus ein.

In eigentümlicher Weise greift § 59 auf Bestimmungen älterer Gesetzbücher zurück, welche sich im R. St. G. nur noch beim Hochverrat finden. Er bedroht nämlich das Komplott in folgender Weise:

Haben mehrere einen Kriegsverrat verabredet, ohne dass es zur Ausführung oder zu einem strafbaren Versuche desselben gekommen ist, so tritt Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ein.

§ 60 betrifft den Fall des § 139 R. St. G.s:

Wer von dem Vorhaben eines Kriegsverrats (§§ 57 bis 59) zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es unterlässt, hiervon rechtzeitig Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden, mit der Strafe des Mitthäters zu belegen.

Eigenartig und auf ältere Gesetze zurückgreifend ist auch § 61:

Straflosigkeit tritt für den an dem Vorhaben eines Kriegsverrats Beteiligten ein, wenn er von demselben zu einer Zeit, wo die Dienstbehörde nicht schon anderweit davon unterrichtet ist, in einer Weise Anzeige macht, dass die Verhütung des Verbrechens möglich ist.

Soweit die ausdrücklichen Bestimmungen des M. St. G. B.s über den Landesverrat. Das Gesetzbuch enthält aber noch eine Reihe von Satzungen, welche aus historischen und logischen Gründen in engstem Zusammenhange mit dem Landesverrat stehen und deshalb wenigstens aufgeführt werden sollen. Hier kommt in Betracht der ganze zweite Abschnitt des zweiten Teiles: Gefährdung der Kriegsmacht im Felde. Schon der erste §, § 62 entspricht dem § 89 R. St. G.s nicht nur seinem Inhalte, sondern auch teilweise seinem

Wortlaute nach; er behandelt einen besonderen Fall der Vorschubleistung:

> Wer im Felde eine Dienstpflicht vorsätzlich verletzt und dadurch bewirkt, dass die Unternehmungen des Feindes befördert werden oder den kriegführenden deutschen oder verbündeten Truppen Gefahr oder Nachteil bereitet wird, ist mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu zehn Jahren zu bestrafen. In minder schweren Fällen, ingleichen wenn die Verletzung der Dienstpflicht nicht versätzlich geschehen ist, tritt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ein. . . . .

Nach § 63 wird mit dem Tode bestraft,

1. der Kommandant eines festen Platzes, welcher denselben dem Feinde übergiebt, ohne zuvor alle Mittel zur Verteidigung des Platzes erschöpft zu haben;
2. der Befehlshaber, welcher im Felde mit Vernachlässigung der ihm zu Gebote stehenden Verteidigungsmittel den ihm anvertrauten Posten verlässt oder dem Feinde übergiebt;
3. der Befehlshaber, welcher auf freiem Felde kapituliert, wenn dies das Strecken der Waffen für die ihm untergebenen Truppen zur Folge gehabt und er nicht zuvor alles gethan hat, was die Pflicht von ihm erfordert;
4. der Befehlshaber eines Schiffes der Marine, welcher dasselbe oder dessen Bemannung dem Feinde übergiebt, ohne zuvor zur Vermeidung dieser Übergabe alles gethan zu haben, was die Pflicht von ihm erfordert. . . . .

Das Vorstehende ist gleichsam eine Ergänzung des § 90 No. 1 R. St. G.s.

Der dritte Abschnitt handelt von der unerlaubten Entfernung und Fahnenflucht. Man könnte ihn für eine Specialanwendung des § 88 R. St. G.s halten. Dass das ältere deutsche Recht die Fahnenflucht, herisliz, als Landesverrat ansah, ist oben gezeigt. Die moderne Anschauung über die Desertion ist weniger schroff als die der alten, kriegerischen Zeit.

§ 69 giebt folgende Definition:

> Wer sich einer unerlaubten Entfernung (§§ 64, 65, 68) in der Absicht, sich seiner gesetzlich oder von ihm übernommenen

Verpflichtung zum Dienste dauernd zu entziehen, schuldig macht, ist wegen Fahnenflucht (Desertion) zu bestrafen.

Die Strafe ist nach § 70 im allgemeinen Gefängnis von sechs Monaten bis zu zwei Jahren; bei Rückfall treten höhere Strafen ein. Der Versuch ist strafbar.

Die Fahnenflucht im Felde wird nach § 71 mit Gefängnis von 5 bis zu 10 Jahren betraft; im Rückfalle tritt Zuchthaus ev. sogar Todesstrafe ein.

§ 72 qualifiziert die Fahnenflucht, wenn sie von Mehreren verabredet und gemeinschaftlich ausgeführt ist.

§ 73: die Fahnenflucht vom Posten vor dem Feinde oder aus einer belagerten Festung wird mit dem Tode bestraft.

Dieselbe Strafe trifft den Fahnenflüchtigen, welcher zum Feinde übergeht.

§ 77 bringt die Anwendung des Prinzips der Anzeigepflicht speziell für das Verbrechen der Fahnenflucht. Im ganzen reichen die Bestimmungen bis § 78.

Es kommt an dieser Stelle ferner in Betracht der fünfte Abschnitt, „Feigheit“ überschrieben.

Wer während des Gefechts aus Feigheit die Flucht ergreift und (?) die Kameraden durch Worte oder Zeichen zur Flucht verleitet, wird mit dem Tode bestraft (§ 84).

§ 85 mildert die Strafe in zwei besonderen Fällen. Interessant ist endlich § 88:

Hat der Thäter in den Fällen der §§ 85 und 86 nach der That hervorragende Beweise von Mut abgelegt, so kann die Strafe unter den Mindestbetrag der angedrohten Freiheitsstrafe ermässigt und in den Fällen der §§ 85 und 87 von der Bestrafung gänzlich abgesehen werden.

Die vorstehenden Bestimmungen gewinnen insofern an Tragweite, als ihnen unter Umständen nicht nur die Personen des Soldatenstandes, sondern auch eine Reihe anderer Personen unterstehen können. Es besagt nämlich § 155:

Während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges sind alle Personen, welche sich in irgend einem Dienst- oder Vertragsverhältnisse bei dem kriegführenden Heere befinden oder sonst sich bei demselben aufhalten oder ihm folgen,

den Strafvorschriften dieses Gesetzes insbesondere den Kriegsgesetzen unterworfen.

Kries (a. a. O.) merkt an, dass die hier gedachten Personen die meisten (!) Fälle des Kriegsverrats garnicht begehen können.

Neben einer jeden Freiheitsstrafe, welche gegen eine Person verhängt wird, die sich zu den Truppen in einem Dienst- oder Vertragsverhältnisse befindet, kann zugleich auf Aufhebung dieses Verhältnisses erkannt werden (§ 156). Auf strafbare Handlungen eines Kriegsgefangenen finden nach Massgabe seines Militärranges die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechende Anwendung (§ 158).

Der § 160 enthält einen sonderbaren Satz, wenn man erwägt, dass nach seinem Wortlaut auch feindliche Truppen unter den Inhalt des § fallen:

Ein Ausländer oder Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze sich einer der in den §§ 57 bis 59 und 134 vorgesehenen Handlungen schuldig macht, ist nach den in diesen §§ gegebenen Bestimmungen zu bestrafen.

Auch ist das Wort Kriegsschauplatz schlecht gewählt, weil es besonders notwendig wäre, gegen die Einwohner des okkupierten Gebietes Strafsatzungen zu treffen[1]).

VIII. § 92 R. St. G.s.

§ 92 lautet:

Wer vorsätzlich

1. Staatsgeheimnisse oder Festungspläne oder solche Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten, von denen er weiss, dass ihre Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist, dieser Regierung mitteilt oder öffentlich bekannt macht;
2. zur Gefährdung der Rechte des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaates im Verhältnis zu einer anderen Regierung die

[1]) Kries a. a. O.

über solche Rechte sprechenden Urkunden oder Beweismittel vernichtet, verfälscht oder unterdrückt oder

3. ein ihm von Seiten des Deutschen Reichs oder von einem Bundesstaate aufgetragenes Staatsgeschäft mit einer anderen Regierung zum Nachteil dessen führt, der ihm den Auftrag erteilt hat,

wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter sechs Monaten ein.

1. Im Frieden sind die Subjekte für den Verkehr mit anderen Staaten das Reich und die Bundesstaaten. Deshalb sind beide in § 92 erwähnt. Die Thatsache, dass die betreffenden Staaten in keinem Gesandtschaftsverhältnis stehen, begründet keine Straflosigkeit [1]). Da bezüglich des Bundesstaates nicht gesagt ist, dass die Angehörigen eines solchen, wenn sie ihren eigenen Heimatsstaat verräterischer Weise begünstigen, straflos sind, so ergiebt sich, dass, wenn ein Angehöriger des Bundesstaates X dem Bundesstaate Y ein Staatsgeheimnis bekannt macht, dessen Geheimhaltung lediglich für das Wohl des Bundesstaates Y erforderlich ist, er trotzdem aus § 92 strafbar ist.

2. Betreffs der Festungspläne ist zu bemerken, dass, wenn die That während eines Krieges geschah, eine Idealkonkurrenz mit § 90 Nr. 4 vorliegt [2]).

3. Unter welchen Umständen kann eine Nachricht als solche zu erachten sein, dass das Wohl des Deutschen Reichs ihre Geheimhaltung fordert?

Der § 92 Abs. 1 sondert den Begriff der „Staatsgeheimnisse" von dem der „Nachrichten". Die beiden Begriffe sind also nicht identisch; Nachrichten brauchen keine Geheimnisse zu sein. So liegt der Schwerpunkt der Stelle in den Worten „einer anderen Regierung gegenüber" [3]). Damit eine Nachricht geheim gehalten werden könne, folgert das R. G. zutreffend, muss sie geheim sein. Aus der Thatsache aber, dass Nachrichten nicht Geheimnisse im eigentlichen Sinne des Wortes zu sein brauchen, ergiebt sich, dass das hier vorausge-

---

[1]) John a. a. O., zu § 92.

[2]) Kries a. a. O. nennt § 90 Nr. 4 eine lex specialis von § 92 Nr. 1.

[3]) Entsch. des R. G. Band X, Seite 420 ff.

setzte Geheimsein nur ein relatives ist. Das R. G. spricht von einer „formellen Sekretur", welche sich nicht mit dem Erfordernis „materieller Geheimhaltung" deckt. Es kommt nur darauf an, dass eine Nachricht vorliegt, welche der fremden Regierung nicht bekannt und daher ihr gegenüber der Geheimhaltung fähig ist. Solange dies der Fall ist, macht es für den Thatbestand des § 92 nichts aus, ob die betreffende Nachricht auch im Inlande geheim, oder, sei es allgemein, sei es innerhalb bestimmter Kreise von berufenen Personen bekannt ist, wie gross auch der Kreis dieser Personen sein mag. Die Thatsache eines solchen Bekanntseins, der Umfang, in welchem eine Nachricht bekannt ist und erkannt werden kann, ist möglicherweise wichtig für die Beurteilung der Frage, ob die Mitteilung an eine fremde Regierung geeignet war, das Wohl des Deutschen Reiches zu gefährden. Aber diese Frage ist rein faktischer Natur; ohne Bedeutung ist der hervorgehobene Umstand für die Frage, ob die betreffende Nachricht von der Art sei, dass sie der fremden Regierung gegenüber geheimgehalten werden könne und müsse. Noch weniger trifft es zu, dass das Erfordernis der Geheimhaltung an eine formelle Sekretur, d. h. also an einen auf besonderer Vorschrift der zuständigen Behörde beruhenden und die Notwendigkeit der Geheimhaltung nach aussen kenntlich machenden äusseren Akt gebunden wird, wie solcher namentlich in der Bezeichnung einer Schrift in dem offiziellen Druckschriftenetat der Militärbehörde mit dem Vermerke „geheim" oder „sekret" enthalten ist. Die formelle Sekretur ist überhaupt nur bei den durch Schrift, Druck oder andere mechanische Vervielfältigungen fixierten Nachrichten ausführbar. Es giebt jedoch noch zahlreiche andere, in dieser Weise nicht fixierte und garnicht fixierbare dienstliche Einrichtungen, Vorgänge und Thatsachen, welche, nur einem abgeschlossenen Kreise berufener Personen zugänglich, diesen unter dem Schutze des Dienstgeheimnisses bekannt werden, der Kenntnis Unberufener dagegen und so besonders derjenigen auswärtiger Regierungen entzogen werden.

4. Urkunden sind (nach Olshausen a. a. O.) Beweismittel für rechtserhebliche Thatsachen. Da bei Begehung des Verbrechens des § 92 No. 2 nur solche in Betracht kommen können, so sind die Worte „oder Beweismittel" nach ihm eigentlich wertlos. Nach dem R. G. (Entsch. Bd. II S. 426) kennt aber das R. St. G. neben den Urkunden im engeren Sinne (§ 267 des R. St. G.s) auch solche im weiteren Sinne,

deren Inhalt lediglich in einem Zeugnis zu bestehen hat. Das ergiebt sich nach dem R. G. auch daraus, dass in § 299 des R. St. G.s von Briefen oder anderen Urkunden und in § 92 des R. St. G.s von Urkunden oder Beweismitteln die Rede ist. Es geht das auch aus den Motiven hervor[1]). Bei solchen Urkunden im weiteren Sinne kommt es nicht auf den rechtlich erheblichen Inhalt an. Müsste, so bemerkt das R. G. richtig, jede Urkunde im Sinne des R. St. G.s für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sein, so wäre die in § 267 gemachte Gegenüberstellung, nach welcher die Fälschung öffentlicher Urkunden, auch wenn sie nicht zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen dienen, bedroht ist, nicht erklärlich und überhaupt nicht zu verstehen, warum im R. St. G. bald von Urkunden mit beweiserheblichem Inhalt, bald von Urkunden ohne solchen die Rede ist.

Bezüglich der Verfälschung der Urkunden ist Idealkonkurrenz von Landesverrat und Urkundenfälschung möglich.

„Unterdrücken“ heisst: dem Berechtigten vorenthalten[2]).

5. Die Vernichtung etc. der Urkunden muss geschehen zur Gefährdung der Rechte des Deutschen Reichs u. s. w. Es handelt sich also nur um Rechte, nicht um die Existenz des Staates[3]).

6. Bei § 92 No. 3 ist nötig, dass der Nachteil eingetreten ist; andernfalls liegt nur Versuch vor.

7. Dazu sei an dieser Stelle noch der sog. Arnimparagraph, § 353a R. St. G.s erwähnt:

> Ein Beamter im Dienste des auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, dass er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten erteilte Anweisung oder deren Inhalt anderen widerrechtlich mitteilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwere Strafe verwirkt ist, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.
>
> Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher

[1]) Vgl. Motive zu § 348 ff.
[2]) Rubo, Komm., zu § 92, ferner Entsch. des R. G., Band XXII, S. 283.
[3]) Oppenhoff zu § 92.

den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich erteilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Thatsachen berichtet.

Auch dieser § hat landesverräterischen Inhalt, denn die Thätigkeit eines solchen Beamten läuft auf eine Unterstützung des Feindes hinaus. Der indirekte Urheber seines Erlasses ist wegen Landesverrats verurteilt worden.

8. Es ist jetzt noch der dolus des § 92 zu behandeln. Wie in den anderen auf den Landesverrat bezüglichen §§ ist auch in § 92 richtiger Ansicht nach die landesverräterische Absicht nicht erforderlich. Es genügt vielmehr das Bewusstsein, dass die Handlung der betreffenden Art die Geheimhaltung erfordert; es genügt, wenn der Angeklagte für sich lediglich einen Gedgewinn beabsichtigt. Ist das Bewusstsein vorhanden, so wird der Thäter auch dann nicht straflos, wenn er in guter Absicht gehandelt hat. Die Motive zum bayerischen St. G. B. von 1813 bemerken folgendes: „So wenig derjenige sich eines Staatsverrats schuldig macht, welcher kraft seines Amtes in gehöriger Form und nach seiner Überzeugung in redlicher Weisung zu Verbindungen mit einer auswärtigen Macht oder zu Massregeln mitwirkt, welche den Staat in einen Krieg verwickeln, so wenig dient es zur Entfernung oder Entschuldigung des rechtswidrigen Vorsatzes, wenn jemand aus falschem Patriotismus eine verborgene Handlung gegen die Integrität oder Sicherheit des Staates unternimmt. Denn der Zweck rechtfertigt die Mittel nicht, und kein Unterthan darf in Gegenständen, welche den Staat und die Regierung angehen, sich unberufen in Staatsgeschäfte einmischen oder gegen den Willen der Regierung seiner individuellen Ansicht folgen [1]).

Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Zu Abs. 1. Erforderlich ist das Bewusstsein, dass

  α) ein Staatsgeheimnis etc. der fremden Regierung mitgeteilt wird,

  β) dass die Geheimhaltung dieses Geheimnisses für das Wohl des Deutschen Reiches erforderlich ist.

Eine weitere subjektive Voraussetzung ist nicht nötig, insbe-

---

[1]) Sonderbarerweise haben die oppositionellen Zeitungen die Stelle nicht bei Gelegenheit der vorjährigen Bismarck-Enthüllungen verwertet.

sondere also nicht die auf Gefährdung oder Schädigung des Deutschen Reichs gerichtete Absicht [1]). Die genannten subjektiven Voraussetzungen müssen thatsächlich festgestellt werden.

b) Zu Abs. 2. Nach dem Wortlaut des Abs. 2 genügt das Bewusstsein, dass es sich um Urkunden etc. handelt, dass dieselben vernichtet . . . werden, nicht, sondern der Thäter muss dies ausführen „zur" Gefährdung der Rechte des Reichs, d. h. zum Zwecke der Gefährdung. John (a. a. O.) meint, dass, wenn diese Absicht fehle, der Thäter nur nach § 135 des R. St. G.s bestraft werden könne.

c) Zu Abs. 3. Derjenige, welcher Staatsgeschäfte zum Nachteil seiner Regierung führt, begeht gleichsam eine Untreue gegen den Staat. Der Thäter muss dementsprechend mit dem Bewusstsein gehandelt haben, dass er seine ihm obliegenden Pflichten zum Nachteil seiner Regierung verletzt. Er braucht den Nachteil nicht um des Nachteils willen gewollt zu haben [2]).

IX. Das Reichsgesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 [3]).

I. Ein Gesetz gegen den Verrat von Staatsgeheimnissen, also auch von militärischen, haben wir schon vor dem 3. Juli 1893 gehabt; es war § 92 R. St. G.s. Aber dieser § hatte den Hauptfehler, dass der Thäter des in No. 1 des § genannten Delikts nur bestraft werden konnte, wenn er die Geheimnisse der Regierung mitteilte oder öffentlich bekannt machte. So konnte „die unverschämteste Kundschafterthätigkeit, die eklatanteste Friedensspionage" von dem Gesetze nicht bestraft werden. Zugleich drängte die verwickelte, stets gefahrvolle Lage der modernen äusseren Politik dahin, die infolge der Entwickelung unserer Kriegstechnik vorgenommenen mili-

---

[1]) Entsch. des R. G , Band X, S. 420.

[2]) Entsch. des R. G., Band I, S. 174.

[3]) Litteratur: Seuffert in der Zeitschrift für die ges. Strafr. Wiss., Band XIV, S. 583; Müller: Auskundschaftung und Verrat von Staatsgeheimnissen im Gerichtssaal, Band XXXX, S. 204 ff.; Hamm in der Deutschen Juristen-Zeitung, Jahrgang I 1896, Nr. 11; Stenglein: Nebengesetze, S. 338 ff.; Liszt: Lehrbuch, S. 512 ff.

tärisch-technischen Verbesserungen möglichst vor den Augen des Feindes zu bewahren und eine Übertretung der darauf gerichteten Verbotsgesetze möglichst streng zu ahnden. Das Produkt der auf Verwirklichung dieser Gedanken gerichteten Thätigkeit des Gesetzgebers ist das zu besprechende Gesetz. Es ist, nach den drastischen Worten von Hamm (a. a. O.), „derartig verwachsen zur Welt gekommen, dass es, als es zum ersten Mal marschieren sollte, erst einer kräftigen orthopädischen Behandlung hat unterzogen werden müssen".

II. § 1, welcher den schweren vorsätzlichen Verrat behandelt, lautet:

> Wer vorsätzlich Schriften, Zeichnungen oder andere Gegenstände, deren Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung erforderlich ist, in den Besitz oder zur Kenntnis eines anderen gelangen lässt, wird, wenn er weiss, dass dadurch die Sicherheit des Deutschen Reiches gefährdet wird, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft, neben welchem auch Geldstrafe bis zu fünfzehntausend Mark erkannt werden kann.
>
> Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu zehntausend Mark erkannt werden kann.

Der § enthält die Definition. Sein wesentlicher Unterschied von § 92 No. 1 R. St. G.s besteht einmal darin, dass die Mitteilung an eine auswärtige Regierung nicht erfordert wird, sondern die an „einen anderen" genügt, ferner darin, dass in dem neuen Gesetz **nicht** die Mitteilung von Nachrichten, sondern die Mitteilung der Kenntnis eines Gegenstandes bedroht wird. Anders der Entwurf. Der Reichstag strich die „Nachrichten" „nach eingehender Diskussion".

Im einzelnen:

1. Möglicher Thäter ist jeder, nicht nur ein Deutscher.

2. Was die Schriften und Zeichnungen anbetrifft, so ist gleichgültig, ob der Thäter die Originale oder von ihm selbst bezw. von anderen angefertigte Kopieen derselben sich verschafft und mitteilt. Auch macht es zur Strafbarkeit nichts aus, ob die Mitteilung eine vollständige ist oder nicht[1]).

„Schriften" ist nicht gleichbedeutend mit Urkunden.

---

[1]) Entsch. des R. G., Band XXV, Seite 46.

3. Unter „Gegenständen“ ist alles Mögliche zu verstehen. Der Begriff entspricht nicht dem der beweglichen Sache. Ein Gegenstand ist z. B. auch eine Brieftaube. Es können, meint das R. G., nach dem allein maassgebenden Wortsinn und dem erkennbaren Zwecke des Gesetzes, nicht nur Gegenstände, hinsichtlich deren eine Besitzergreifung möglich ist, sondern auch solche, welche zwar im Sinne des Gesetzes nicht in Besitz genommen, wohl aber zur Kenntnis anderer gebracht werden können, also unbewegliche wie bewegliche Sachen gemeint sein; dafür spreche auch der Gebrauch der Konjunktion: oder. Ob die Gegenstände unmittelbar oder durch Schriften, Zeichnungen, mündliche Mitteilung oder durch andere Mittel, ob sie vollständig oder nicht, bezüglich aller Eigenschaften oder nur bezüglich einiger mitgeteilt werden, macht keinen Unterschied. Dies bezieht sich auch auf die §§ 2, 3, 4 des Gesetzes. Jedenfalls aber muss die Geheimhaltung der Gegenstände im Interesse der Landesverteidigung liegen. Das ist möglich nicht nur bei künstlich hergestellten Werken, sondern auch bei Werken der Natur. Es fallen darunter also auch Wege, Brücken, Eisenbahnen, Wasserläufe.

4. Besitz bedeutet nur körperlichen Übergang.

5. Der Ausdruck „gelangen lässt“ ist gewählt, weil der Vorgang sich auch durch Unterlassung seitens des Thäters abspielen kann.

6. „Gefährdet“ weist nicht auf den Eintritt einer nahen Gefahr hin. Der Thäter muss sich nur bewusst gewesen sein, dass seine Mitteilung im Falle eines Krieges für das Deutsche Reich nachteilig sein könnte.

7. Bezüglich der Geheimhaltung vgl. vorigen §.

8. Ebenso bezüglich des dolus. Der Thäter muss sich des Umstandes, dass die Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung erforderlich ist, bewusst gewesen sein. Ist die Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung nur nach bestimmten Richtungen hin erforderlich, so müssen diese Beschränkungen des Geheimnisses nicht nur objektiv überschritten, sondern der Thäter muss sich auch dieser Überschreitung bewusst gewesen sein.

§ 2 ergänzt den § 1:

> Wer ausser dem Falle des § 1 vorsätzlich und rechtswidrig Gegenstände der daselbst bezeichneten Art in den Besitz oder zur Kenntnis eines anderen gelangen lässt, wird mit Gefängnis oder mit Festungshaft bis zu fünf Jahren bestraft.

Neben der Freiheitsstrafe kann auf Geldstrafe bis zu fünftausend Mark erkannt werden. Der Versuch ist strafbar.

Über das Verhältnis dieses § zu § 1 ist Streit entstanden. Liszt will die Wertlosigkeit des § 2 damit begründen, dass er sagt, § 1 enthalte auch § 2. Das ist aber auch bezüglich der §§ 249 und 242 R. St. G.s der Fall. Die beiden §§ unterscheiden sich durch den qualifizierten Vorsatz. Das R. G. entschied in einem Falle[1]), der § 1 sei deswegen nicht anwendbar gewesen, weil der Angeklagte das Bewusstsein der Gefährdung des Deutschen Reichs nicht gehabt habe: deswegen greife nur § 2 Platz, welcher nur Rechtswidrigkeit der Mitteilung fordere; dieses Recht zur Mitteilung könne nicht aus einem besonderen privatrechtlichen Titel abgeleitet werden, sondern es beruhe auf öffentlich rechtlichen Verhältnissen wie Amt, Beruf, Gewerbe, Auftrag oder Ermächtigung von der zuständigen Seite.

§ 3: Wer vorsätzlich den Besitz oder die Kenntnis von Gegenständen der im § 1 bezeichneten Art in der Absicht sich verschafft, davon zu einer die Sicherheit des Deutschen Reichs gefährdenden Mitteilung an andere Gebrauch zu machen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu zehntausend Mark erkannt werden kann.

Der § behandelt die „erschwerte Ausspähung“. Sie bildet keinen Versuch, sondern eine Vorbereitung zum Verrat. Durch diesen und den folgenden § ist die Spionage zu einem delictum sui generis geworden, und wir sind damit der österreichischen, französischen und russischen Gesetzgebung gefolgt.

Der Gegensatz von § 1 und § 3 wird bestimmt durch die Begriffe des Gelangenlassens und Sichverschaffens. Notwendig ist aber noch die im Gesetz genannte „Absicht“. — Durch § 3 ist der Widersinn eingetreten, dass die Vorbereitungshandlung eines Delikts zu einem selbständigen Delikt geworden ist; allerdings nur eines Teiles des Hauptdelikts, denn § 3 trifft nicht die Vorbereitungshandlungen aller Fälle des § 1, z. B. nicht derjenigen, in denen sich der Verräter die Gegenstände des Verrats nicht verschafft, sondern zufällig erhalten oder in denen er sie sich nicht in der Absicht, zu verraten, verschafft und sich erst später zum Verrate entschlossen hat.

---

[1]) Vgl. Urteil des vereinigten II. und III. Strafsenats vom 9. März 1896 in der „Deutschen Juristen-Zeitung“ 1896, Nr. 9, Beilage.

Die Strafe ist zwar angemessener Weise in § 3 niedriger als in § 1; aber — wiederum durch ein Amendement des Reichstags — ist unverständlicher Weise in § 1 die Annahme mildernder Umstände zugelassen, aber nicht in § 3. — Das R. G. hat deshalb — in einem noch zu erwähnenden Erkenntnis — den Angeklagten, der sich gegen beide §§ vergangen hatte, unter Annahme mildernder Umstände aus § 1 bestraft. In der That hat das Gesetz etwas Seltsames bestimmt; der Spion wird durch das Gesetz förmlich aufgefordert, es nicht bei der Spionage, der Beschaffung der Mittel zum Verrat, zu belassen, sondern den Verrat zur Ausführung zu bringen und sich damit die Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände zu verschaffen. Nach Hamm wäre nur in denjenigen Fällen, in welchen neben dem Thatbestande des § 1 nicht derjenige des § 3 vorliegt, also nicht bei Verrat auf Grund vorheriger Spionage, die Annahme von mildernden Umständen möglich. Leider ist das Gesetz dieser Auslegung entgegen.

§ 4 behandelt die einfache Ausspähung:

> Wer ohne die vorbezeichnete Absicht vorsätzlich und rechtswidrig den Besitz oder die Kenntnis von Gegenständen der im § 1 bezeichneten Art sich verschafft, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft . . . .

§ 5 spricht vom Komplott:

> Haben mehrere ein Verbrechen der in den §§ 1, 3 bezeichneten Art verabredet, ohne dass es zur Ausführung oder zu einem strafbaren Versuch desselben gekommen ist, so tritt Gefängnis nicht unter drei Monaten ein. Neben der Freiheitsstrafe kann auf Geldstrafe bis zu fünftausend Mark erkannt werden. Straflos bleibt der an einer Verabredung der vorbezeichneten Art Beteiligte, wenn er von derselben zu einer Zeit, wo die Behörde nicht schon anderweit davon unterrichtet ist, in einer Weise Anzeige macht, dass die Verhütung des Verbrechens möglich ist (Kronzeuge!).

Zu diesem § ist zu vergleichen § 83 R. St. G.s und § 59 M. St. G.s. „Mehrere“ sind mindestens zwei Personen. Die Vollendung des in § 5 bezeichneten Delikts tritt mit der ernstlichen Verabredung mehrerer Personen ein.

Nach § 6 können in den Fällen der §§ 1, 3, 5 verschiedene Nebenstrafen eintreten.

§ 7: Wer aus Fahrlässigkeit Gegenstände der im § 1 bezeichneten Art, die ihm amtlich anvertraut oder kraft seines Amtes oder eines von amtlicher Seite erteilten Auftrages zugänglich sind, in einer die Sicherheit des Deutschen Reichs gefährdenden Weise in den Besitz oder zur Kenntnis eines anderen gelangen lässt, wird mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Neben der Freiheitsstrafe kann auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

Die Fahrlässigkeit setzt voraus, dass der Thäter, obgleich er den Erfolg der Besitz- oder Kenntnisnahme voraussehen konnte, aus Nachlässigkeit sich in der angegebenen Art verhielt. Der Begriff der Gefährdung ist objektiv zu bestimmen.

§ 8 behandelt eine Übertretung.

§ 9 bildet eine Ergänzung zu § 139 R. St. G.s. Aus seinem Wortlaut ist zu ersehen, dass das Gesetz nur die §§ 1 und 3 als Landesverrat betrachtet.

Nach § 10 finden die Bestimmungen im § 4 Abs. 2 des St. G. B.s für das Deutsche Reich auf die in den §§ 1, 3, 5 des Gesetzes vorgesehenen Delikte Anwendung.

Nach § 11 haben die §§ 89 und 90 R. St. G.s ihre von uns wiedergegebene Fassung erhalten.

Nach § 12 ist für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen der in den §§ 1, 3 vorgesehenen Verbrechen das Reichsgericht zuständig. Die Militärgerichtsbarkeit wird hierdurch nicht berührt. Die übrigen im Gesetze genannten Delikte gehören zur Zuständigkeit der Strafkammern bezw. der Schöffengerichte.

III. Wie ist das Verhältnis des § 1 des Gesetzes und des § 92 No. 1 R. St. G.s [1]? Das Gesetz vom 3. Juli 1893 ist eine lex specialis, in welcher der Verrat von militärischen Geheimnissen und Spionage nach allen Richtungen berücksichtigt ist. Nach der vom Bundesrate gegebenen Begründung sollte die Vorschrift des § 92 No. 1 R. St. G.s, insoweit sie sich auf andere als militärische Geheimnisse und auf den gegen einen Bundesstaat gerichteten Landesverrat bezieht, unberührt bleiben. Nach dem R. G. regelt das Gesetz

[1] Entsch. des R. G. Bd. XXV, S. 45 ff.

die Strafbestimmungen bezüglich der Auskundschaftung und des Verrates von militärischen Geheimnissen vollständig. Somit muss die Anwendbarkeit des § 92 No. 1 da, wo es sich um eine Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung handelt, als ausgeschlossen gelten.

X. Wer ist möglicher Thäter des Landesverrats?

Die zu behandelnde Frage ist — wenigstens vom Standpunkt des geltenden Rechtes — wohl die schwierigste in der Lehre vom Landesverrat. Die heutige Wissenschaft und Gesetzgebung kann sich nicht mehr damit begnügen, wie Carpzow vom Standpunkt des gemeinen Rechts den Satz aufzustellen: indubitatum fit, hoc crimen non nisi a subditis perpetrari[1]). Sehr kompliziert sagt vielmehr das R. St. G. in § 91, dem sedes materiae:

> Gegen Ausländer ist wegen der in den §§ 87, 89, 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren.
>
> Begehen sie aber solche Handlungen, während sie unter dem Schutze des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten, so kommen die in den §§ 87, 89 und 90 bestimmten Strafen zur Anwendung[2]).

I. Nach dem Wortlaut der §§ 87 bis 90 kann handelndes Subjekt der betreffenden Verbrechen nur ein Deutscher sein d. h. ein Inländer. Inland aber ist das gesamte Reichsgebiet, also auch die Schutzgebiete[3]); Ausland ist (§ 8 R. St. G.s) jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet. Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiet desselben begangenen strafbaren Handlungen; auch wenn der Thäter ein Ausländer ist (§ 3 R. St. G.s.). Wenn demgegenüber § 91 Abs. 1 gegen Ausländer nach dem Kriegsgebrauche verfahren lässt, so liegt darin eine Ausnahme von § 3. Einige beziehen, um diese Ausnahme zu beseitigen, den Abs. 1 deshalb nur auf

---

[1]) Carpzow Practicae novae etc. qu. 46 n. 16; Clarus in pract. § laes. maj. n. 6. Lauterbach; collegium etc. § I. 6: excluduntur extranei, advenae et peregrini. c. 2 cap. 12 X. de foro I. causa 11. q. 1.

[2]) Binding Normen 2. Aufl. Bd. I S. 52.

[3]) Olshausen zu § 91; § 2 des Gesetzes über die deutschen Schutzgebiete; § 4 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit.

feindliche Truppen, eine Ansicht, welche, wie sich aus dem Folgenden ergeben dürfte, nicht haltbar ist.

II. Kriegsgebrauch bedeutet (nach Olshausen) folgendes: Ist der Landesverrat zur Friedenszeit im Auslande begangen, so bleibt er straflos; ist die Handlung während eines Krieges im Auslande begangen, dann tritt die Strafe nach Abs. 1 ein; ist die Handlung während eines Krieges im Inlande begangen, so ist zu unterscheiden, ob der Thäter zur feindlichen Kriegsmacht gehört oder nicht, im ersten Falle tritt wiederum der Kriegsgebrauch ein, im letzteren kommt Abs. 2 zur Anwendung.

De lege ferenda erscheint die Bestimmung über den Kriegsgebrauch bedenklich. § 87 bezieht sich im allgemeinen allerdings auf einen erst künftigen Krieg. Aber die fragliche Handlung kann auch während eines Krieges geschehen. Nämlich: es könnte etwa Deutschland mit Frankreich Krieg führen; während desselben könnte sich der Thäter mit Russland einlassen, um dieses zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu bewegen. In diesem Falle besteht keine juristisch relevante Beziehung zwischen dem jetzt begangenen Landesverrat und dem früher schon entstandenen deutsch-französischen Kriege. Deshalb kann sich auch noch kein Kriegsgebrauch festgestellt haben.

„Kriegsgebrauch" bezieht sich nicht auf das Wie der Bestrafung, denn darüber spricht das M. St. G. B.; vielmehr bezieht sich derselbe auf das Ob der Strafbarkeit. Er ist massgebend für die Vorfrage, ob der Thäter gegen das Völkerrecht gehandelt habe oder nicht[1]). Es ist falsch, wenn Heffter[2]) sagt: „ganz ausser dem Schutze des Kriegsrechtes und der Kriegsmanier stehen diejenigen, welche gegen den Feind, unter dessen Gewalt sie sich befinden, Verrat üben oder sonstige Feindseligkeiten begehen" [3]).

III. Bei Abs. 2 ist die wichtigste Streitfrage die, was die Worte „unter dem Schutze des Deutschen Reichs sich aufhalten" bedeuten. Die einen (Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein) meinen, es sei hierbei an kein

---

1) Kries a. a. O. S. 610.

2) Heffter: Geffken, Völkerrecht. Berlin 1881. S. 266.

3) Ebenso falsch Bluntschli, das moderne Völkerrecht etc. 1872. § 563, 564. Allerdings ist die Fassung des R. St. G. s ungenau und es sollte statt „nach dem Kriegsgebrauche" heissen: Ausländer, welche dem Kriegsgebrauch zuwider die . . . Handlungen begehen, werden folgendermassen bestraft.

besonderes Schutzverhältnis, sondern nur an das durch den Aufenthalt begründete Verhältnis zu dem Aufenthaltsstaat gedacht, so dass auch Durchreisende hierher gehörten [1]). Olshausen unterstellt in Verfolgung dieses Gedankens auch die Kriegsgefangenen dem Abs. 2. Schwarze nimmt dasselbe auch für die nicht exterritorialen Bevollmächtigten ausländischer Regierungen an. Demgegenüber machen andere mit Recht darauf aufmerksam, dass nach dieser Auffassung statt „unter dem Schutze . . . . sich aufhalten“ nur stehen brauchte „welche sich im Deutschen Reiche . . . . aufhalten“ und fordern ein wirkliches Schutzverhältnis. Wie dies aber zu denken sei, ist wiederum streitig. John fordert zwar die Feststellung eines speziellen Schutzverhältnisses nicht, wohl aber den Nachweis, dass das Reich bezw. der Bundesstaat den Thäter schützen wollte. Einen solchen Willen präsumiert er z. B., wenn die mit der Fremdenpolizei betrauten Behörden den Aufenthalt des Thäters kannten und ihn trotzdem duldeten. Damit wäre es der — partikularrechtlichen — Regelung des Meldewesens überlassen, ob gewisse Personen nach den ordentlichen Gesetzen beurteilt würden oder nicht. Mit Recht hat ferner Schwarze auf die Unklarheit dieser Ansicht hingewiesen: Nach den bestehenden Vorschriften kann in der Anmeldung der Fremden wohl ein Anlass zur Überwachung, nicht aber für diese ein besonderer Anspruch auf Schutz liegen.

Es ist allerdings unbillig und mit dem Wortlaut des Gesetzes schwer zu vereinen, dass der blosse Aufenthalt die Ausländer den Inländern gleichgestellt. Andererseits liegt ein Anhaltspunkt für die Frage, welcher Art dieser Schutz sein solle, nicht vor. Deshalb wird man sich für die erst genannte Ansicht entscheiden müssen [2]).

IV. Wir hatten bereits erwähnt, dass Thäter der Verbrechen der §§ 87, 89, 90 nur ein Deutscher sein könne. Zu diesem Punkte ist zu vergleichen der vortreffliche Aufsatz von Kries, welchem in allen Teilen zugestimmt wird.

Die Auffassungen von Kries sind schon in praktischer Geltung gewesen.

Das Braunschweigische St. G. B. hatte nämlich die Unterthanenqualität nicht für erforderlich erachtet, selbst nicht bezüglich des Waffentragens, und die Motive bemerken dazu: „Wer nach ausge-

[1]) Gegen letzteres Puchelt, Kommentar.

[2]) Goltd. Arch. XIX. S. 396 ff; Oppenhoff Rechtsp. Bd. XII. S. 195.

brochenem Kriege die Waffen gegen einen Staat trägt, steht nur dann unter dem Schutze des Völkerrechts, wenn er dem kriegführenden Staat als Unterthan angehört oder wenigstens in dessen Kriegsdiensten steht. Es kommen aber Fälle vor, in welchen der Waffentragende, ohne Unterthan des angegriffenen Staates zu sein, in diese Kategorien nicht gehört z. B. wenn Angehörige eines dritten Staates sich gewissermassen auf eigene Hand einer der kriegführenden Parteien anschliessen und von ihr geduldet werden. Diese würde man nicht als Kriegsgefangene, sondern als Landesverräter behandeln können, wie denn z. B. die französische Regierung in dem letzten Kriege mit Mexico die Mannschaften mexikanischer Kaperschiffe, die der Mehrzahl nach aus Nordamerikanern bestanden, als Piraten ansah und bestrafte. Wenn daher in Fällen dieser Art auch Nichtunterthanen als Landesverräter behandelt werden müssen, so giebt es umgekehrt Fälle, in welchen selbst Unterthanen, welche gegen ihr Vaterland die Waffen tragen, als Landesverräter nicht bestraft werden können. In manchen Staaten z. B. in Österreich gilt nämlich der Grundsatz, dass Fremde, die in den Kriegsdienst eintreten, dadurch nicht Unterthanen werden und ihre ursprüngliche Unterthanenqualität nicht verlieren. Wenn nun solche in auswärtigen Diensten stehende Personen nach ausgebrochenem Kriege gegen ihr Vaterland fortdienen, so kann man sie nicht als Landesverräter ansehen, es müssten denn zuvor förmliche Avokatorien erlassen sein. Am allerwenigsten kann aber der während eines zeitlichen Aufenthaltes gewährte Rechtsschutz ein Requisit des Landesverrates sein, denn hierin würde entweder zu viel oder zu wenig liegen. Alles läuft also auch hier auf völkerrechtliche Fragen hinaus, die ein Gegenstand dieses Gesetzbuchs nicht sein können .... Infolge der bereits oben gemachten Bemerkungen würde die Bestimmung (vgl. § 91 R. St. G.s) ganz wegfallen können, wenn alle Staaten den Grundsatz annähmen, dass sie die von ihren Angehörigen gegen einen anderen befreundeten Staat begangenen Verbrechen ebenso bestraften, als ob diese Handlungen gegen sie selbst gerichtet gewesen wären".

V. Es werden im § 91 nur die §§ 87, 89 und 90 erwähnt, § 88 in beiden Absätzen nicht. Eine so wesentliche Verschiedenheit besteht aber zwischen den ersteren §§ und § 88, wie gezeigt ist, nicht. Die Meinung des Gesetzgebers ist wohl die gewesen, dass das Verbrechen des § 88 bezüglich des Ausländers nur von feindlichen

Truppen begangen werden könne und dass gegen diese nach Kriegsgebrauch verfahren werden müsse. Es wäre aber auch in diesem Falle richtiger gewesen, den § 88 zu erwähnen. Nun ist jedoch die Voraussetzung, dass nur feindliche Truppen als Ausländer nach § 88 handeln könnten, hinfällig. Vielmehr kann das Verbrechen auch von solchen begangen werden, welche nicht dazu gehören. Dies wäre z. B. der Fall, wenn ausländische, auf deutschen Hochschulen immatrikulierte Studenten angeworben wären — und dies kann auch geschehen, während sie sich hier aufhielten. Ja man darf weiter gehen: auch bezüglich der feindlichen Truppen ist de lege ferenda eine Bestrafung wegen Landesverrats durchaus nicht einfach abzuweisen, vielmehr wird zu sagen sein: es dürfen zwar kriegerische Operationen gemacht werden, aber diese müssen sich in den vom Gesetze zu bestimmenden Schranken halten. Töten ist im Kriege erlaubt, aber die Tötung eines Civilisten kann Mord sein. Ob eine Überschreitung der Schranken vorliegt, müsste Sache thatsächlicher Feststellung im einzelnen Falle sein. Die gesetzliche Regelung der Frage ist allerdings schwierig, und es liegt bei dem Versuch derselben nur zu nahe, in Fehler zu verfallen, wie sie das bayerische M. St. G. B. vom 29. April 1869 gemacht hatte, welches im art. 119 bestimmte:

> Militärangehörige und Civilbeamte der feindlichen Macht, welche die Grenzen ihrer Dienstpflicht überschreiten, sowie Angehörige fremder Armeen und Civilpersonen, welche im In- oder Auslande zu Gefahr oder Schaden der im Felde stehenden bayerischen oder einer verbündeten Armee oder Angehöriger derselben handeln und deshalb der Militärbehörde vorgeführt worden, sind nach folgenden Bestimmungen zu bestrafen.
> art. 120: Mit dem Tode, in leichteren Fällen der Ziff. 2 und 3 mit Zuchthaus nicht unter acht Jahren wird bestraft, wer
> 1. dem Feinde als Spion dient oder einem Spion Vorschub leistet;
> 2. Angehörige der bayerischen oder verbündeten Armeen zur Desertion oder zum Kriegsverrat zu verleiten sucht;
> 3. Bayerische oder verbündete Truppen zum Ungehorsam gegen Dienstbefehle, zur Widersetzung oder zum Aufruhr aufwiegelt;
> 4. dem Feinde Mannschaften zuführt oder ihm Waffen oder anderen Kriegsbedarf verschafft.

Jedenfalls war der Grundgedanke des Gesetzbuchs ein richtiger.

VI. Die Auslassung des § 88 in § 91 ist ein Rudiment jener mittelalterlichen Auffassung, dass der Landesverrat einen Bruch der den Genossen und zuletzt auch dem Staatsoberhaupt geschuldeten Treue darstellt. Grundsätzlich bricht der § 91 mit dieser Auffassung. Kann schon gegen Ausländer im Allgemeinen nach Kriegsgebrauch verfahren werden, so erfahren sie durch den blossen Aufenthalt im Reiche die gleiche Behandlung wie Inländer, ja: der § 92 und das Gesetz vom 3. Juli 1893 stellt sie überhaupt den Inländern gleich. Man kann diese Behandlung der Ausländer hart finden. Aber man erwäge die Gefährlichkeit des Delikts auf der einen und auf der anderen Seite die Wandlungsfähigkeit der Strafbestimmungen. Auch § 81 No. 3 trifft Inländer und Ausländer in gleicher Weise.

Wie die feindlichen Truppen so sind auch die Exterritorialen mögliche Thäter des Landesverrats [1]). Unterscheiden muss man bei ihnen nur die Strafausführung von der Strafbarkeit. Erstere ist nicht möglich. Sie befinden sich aber unzweifelhaft „unter dem Schutze des Reichs" — und insofern ist die letztere möglich.

Nach dem Gesagten könnte § 91 wegfallen und statt dessen die den Landesverrat behandelnden §§ sämtlich anfangen: wer etc.

§ 153 M. St. G. B.s lautet:

> Ein Militärbeamter, welcher sich im Felde einer der . . . bezeichneten strafbaren Handlungen schuldig macht, wird nach den daselbst für Personen des Soldatenstandes gegebenen Bestimmungen bestraft.

Die betreffenden Militärbeamten können auch Ausländer sein. Begehen diese aber einen Landesverrat im Auslande, so können sie nur bestraft werden, wenn sie sich bei den Truppen oder sonst in dienstlicher Stellung befinden (§ 7 M. St. G.s).

VII. Nach § 4 R. St. G.s findet wegen der im Auslande begangenen Verbrechen in der Regel eine Verfolgung nicht statt. Jedoch kann nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs verfolgt werden ein Deutscher, welcher im Auslande eine landesverräterische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat begangen hat [2]).

---

[1]) Anders Olshausen a. a. O.

[2]) Hierzu vgl. Gesetz gegen den Verrat militär. Geheimnisse, § 10.

XI. Der § 93 R. St. G.s.

Wenn in den Fällen der §§ . . . 87—92 die Untersuchung eröffnet wird, so kann bis zu deren rechtskräftigen Beendigung das Vermögen, welches der Angeschuldigte besitzt, oder welches ihm später anfällt, mit Beschlag belegt werden (§ 93).

Das römische Recht und fast alle Rechte bis in die neueste Zeit strafen den Hochverrat durch Vermögenseinziehung. Nach geläuterteren Anschauungen moderner Sittlichkeit hat sich diese zur Beschlagnahme abgeschwächt. Sie war nach dem preussischen St. G. B. noch obligatorisch und so hatte sie noch einen gewissen Zweck. Nach § 93 ist sie fakultativ und soll den Zweck einer Sicherungsmassregel haben. Als solche hält sie John (a. a. O.) mit Recht für verfehlt, da ja der Richter bei Kollusion das Recht hat, die Verhaftung vornehmen zu lassen und andrerseits sich trotz Beschlagnahme genug Wege für Kollusion finden.

Das Verfahren regelt sich nach § 480 St. P. O., ferner 94 ff., 347 St. P. O.

Da der Landesverrat zur Zuständigkeit des Reichsgerichts bezw. der Schwurgerichte gehört, so ist in jedem Falle eine Voruntersuchung erforderlich. Das Wort Untersuchung bedeutet nichts weiter als Voruntersuchung. Die Beschlagnahme ist durch einen Kollegialbeschluss auszusprechen. Dass der Untersuchungsrichter zur Vornahme anderweitiger, den Zwecken der Voruntersuchung dienender Beschlagnahmen aus eigener Entschliessung übergehen kann, schliesst nicht in sich, dass er auch diese Beschlagnahme selbstständig vornehmen könne [1]). Wenn das Gericht der Voruntersuchung ein anderes ist als das Gericht des Hauptverfahrens, so beschliesst das erstere über die Beschlagnahme. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens ist das letztere zuständig.

XII. Besonderheiten des Landesverrats.

I. Nicht ein Rudiment, weil eine lebensfähige Satzung, wohl aber eine Reminiszenz insbesondere an das römische Recht ist der

---

[1]) Oppenhoff zu § 93.

§ 139 R. St. G.s, welcher in seinem Grundgedanken in allen modernen Gesetzgebungen wiederkehrt:

> Wer von dem Vorhaben eines Landesverrats . . . . zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es unterlässt, hiervon der Behörde . . . . zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängnis zu bestrafen.

Der § bezieht sich nur auf das „Vorhaben" eines Landesverrats. Nach begangener That besteht keine Anzeigepflicht [1]). Die Befreiung von der Zeugenpflicht involviert nicht die von der Anzeigepflicht. Doch ist die Frage bestritten [2]).

Diejenigen Personen, welche sich zur Begehung des Landesverrats verabredet haben, haben keine Anzeigepflicht, auch wenn es zu einer Teilnahme nicht gekommen ist [3]).

II. Das Gegenstück zum Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse ist § 360 No. 1 R. St. G.s.

> Mit Geldstrafe bis zu einhundertundfünfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:
>
> 1. wer ohne besondere Erlaubnis Risse von Festungen oder einzelnen Festungswerken aufnimmt oder veröffentlicht.

Unerlaubt ist jede Zeichnung, welche ohne Genehmigung der Militärbehörde angefertigt ist. Auf den Zweck der Aufnahme insbesondere darauf, ob die Zeichnung militärische Bedeutung hat, kommt es nicht an.

III. Einige Besonderheiten bezüglich des Landesverrats bestanden und bestehen zum Teil noch in Preussen. In Preussen, wie auch in den übrigen Bundesstaaten, blieben nach Erlass des R. St. G.s betreffs der Zuständigkeit die Landesgesetze in Kraft. Es galt also das Gesetz vom 25. April 1853, nach welchem das Kamergericht zu entscheiden hatte. Vgl. Verfassungsurkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850 art. 95. Nach art. 61 ist wegen „Verrates" Ministeranklage möglich; über solche Anklage sollte der oberste Gerichtshof der Monarchie entscheiden. Einen solchen haben wir nicht

---

[1]) Vgl. Wolff in Goltd. Arch. Band XXVII S. 299.

[2]) Entsch. des R. G. Band II Seite 57; Rüdorff zu § 139; Berner S. 385.

[3]) Entsch. des R. G. Band II Seite 1.

mehr. Zudem ist die ganze Bestimmung durch das R. St. G., welches natürlich auch Minister trifft, obsolet geworden.

IV. Nach dem Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 § 136 ist das Reichsgericht für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz in den Fällen des Landesverrats zuständig, insofern der Landesverrat gegen das Reich gerichtet ist. (Einen gegen den Kaiser gerichteten Landesverrat giebt es nicht!) Jugendliche Personen, welche einen Landesverrat begehen, kommen nicht nach § 73 No. 3 G. V. G.s vor die Strafkammer, sondern vor das Reichsgericht.

Vgl. St. P. O. § 484.

V. Das Einführungsgesetz zum R. St. G. vom 31. Mai 1870 bestimmt im § 4: dass bis zum Erlasse der in den Artikeln 61 und 68 der Reichsverfassung vorbehaltenen Gesetze die in den §§ 88, 90 R. St. G.s mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen mit dem Tode zu bestrafen sind, wenn sie in einem Teile des Bundesgebietes, welchen der Kaiser in Kriegszustand erklärt hat oder während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden. Vgl. das Gesetz vom 4. Juni 1851 über die Verhängung des Kriegszustandes. Wegen Kriegsverrates kommen jetzt die §§ 160, 57—59 M. St. G.s in Anwendung. Vgl. Gesetz vom 22. April 1871 § 7, aufgehoben teilweise durch M. St. G. B. Die in § 4 Einf. Gesetzes ermöglichte Todesstrafe darf natürlich nur eintreten, nachdem festgestellt worden ist, dass die That mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft worden wäre.

Rechtsvergleichender Teil.

A. Europa.

Deutsches Reich. Das R. St. G. behandelt den Landesverrat in den §§ 87 bis 94. In Betracht kommt ferner das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893 und das M. St. G. B. §§ 57—60.

Österreich. „Das Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen" vom 27. Mai 1852 ist über den gemeinrechtlichen Standpunkt noch nicht hinausgekommen; es kennt kein besonderes Verbrechen des Landesverrats, sondern behandelt den letzteren als Teil des Hochverrats. Vgl. Siebentes Hauptstück §§ 58 bis 63. Das Verbrechen des Hochverrats begeht, wer etwas unternimmt, was

> (c) . . auf Herbeiführung oder Vergrösserung einer Gefahr für den Staat von Aussen . . . angelegt wäre; es geschehe solches öffentlich oder im Verborgenen, von einzelnen Personen oder in Verbindungen, durch Anspinnung, Aufforderung, Aneiferung, Verleitung, . . . durch mitgeteilte, zu solchen Zwecken leitende Geheimnisse oder Anschläge, durch Aufwiegelung, Anwerbung, Ausspähung, Unterstützung oder durch was sonst immer für eine dahin abzielende Handlung, wenn dieselbe auch ohne Erfolg geblieben wäre.

Wenn die vorstehend erwähnten Handlungen gegen die Existenz, die Integrität, die Sicherheit . . . des deutschen Bundes gerichtet werden, so sind sie ebenfalls als Hochverrat zu . . . bestrafen (§ 58). Der letzte Absatz ist ausser Kraft getreten; auf das Deutsche Reich ist er nicht übergegangen. Wegen Hochverrats ist auf Todesstrafe zu erkennen (§ 59).

> Wer eine in den Hochverrat einschlagende Unternehmung, die er leicht und ohne Gefahr für sich, seine Angehörigen oder diejenigen Personen, die unter seinem gesetzlichen Schutze stehen, in ihrer weiteren Fortschreitung verhindern konnte, zu

verhindern unterlässt, macht sich des Verbrechens mitschuldig und soll mit schwerem Kerker von fünf bis zehn Jahren bestraft werden (§ 60).

Ausserdem statuiert aber noch § 61 eine Anzeigepflicht und lässt denjenigen, welcher die Anzeige unterlässt, des Hochverrats mitschuldig sein. § 62 verspricht Straflosigkeit wegen der thätigen Reue d. h. wegen Aufdeckung der hochverräterischen Satzungen, Absichten und Unternehmungen. § 67 behandelt die Ausspähung (Spionerie) und andere Einverständnisse mit dem Feinde.

Wer solche Verhältnisse oder Gegenstände, welche auf die militärische Verteidigung des Staates oder die Operation der Armee Bezug haben, in der Absicht auskundschaftet, um dem Feinde auf was immer für eine Weise davon Nachricht zu geben; oder wer im Frieden solche Vorkehrungen oder Gegenstände, welche auf die Kriegsmacht des Staates oder die militärische Verteidigung desselben Beziehung haben, und die von dem Staate nicht öffentlich getroffen oder behandelt werden, in der Absicht auskundschaftet, um einem fremden Staate davon Nachricht zu geben, macht sich des Verbrechens der Ausspähung schuldig und wird nach den hierüber bestehenden, besonderen Vorschriften von den Militärgerichten untersucht und bestraft.

Vgl. Art. 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 1862; ferner § 213, 215 St. G. B.s.

Ein Zusatz in diesem § 67 enthält den § 89 R. St. G.s. Die Untersuchung des Verbrechens steht in Ansehung der der Civilgerichtsbarkeit unterstehenden Personen den Civilgerichten zu. — „Das Militär-Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen" vom 15. Januar 1855 behandelt den Hochverrat in ähnlicher Weise wie das St. G. B. Vgl. zweites Hauptstück § 334 bis 339. § 334 entspricht dem § 58 u. s. w. Das dritte Hauptstück handelt vom Aufstande und Aufruhre.

Es ist deutlich, dass die österreichischen Gesetze einer Änderung bedürfen, die sie modernen Kodifikationen ähnlicher macht. In der That ist man mit derartigen Reformen beschäftigt, die aber nur von geringem Erfolg begleitet sind.

Die Regierungsvorlage aus der Zeit des Justizministers Grafen Schönborn ist nicht angenommen worden; gegenwärtig schreitet man

zu einem neuen Entwurfe, mit dessen Abfassung eine Kommission betraut ist, welcher auch Prof. Stooss, der Verfasser des schweizerischen Entwurfs eines St. G. B.s angehört.

Der Schönborn'sche Entwurf ist modernen Geistes. Er scheidet vom Hochverrat den Landesverrat, den er Staatsverrat nennt. Seine Strafen zeichnen sich durch verhältnismässige Milde aus. Die Fälle der §§ 88—90 R. St. G.s behandelt er in einem § 94, welcher auch zugleich das Spionagegesetz enthält. § 95 entspricht dem § 92 R. St. B.s. Unter No. 4 findet sich hier als weiterer Fall des sog. „diplomatischen" Landesverrats — der übrigens in § 95 wirklich ein solcher ist, da die Festungspläne nicht erwähnt sind — der Fall vorgesehen, dass jemand es unternimmt, eine Gefahr für die Monarchie herbeizuführen oder zu vergrössern. Auch darin gleicht der Entw. dem R. St. G., dass den „militärischen" Landesverrat nur Unterthanen, den „diplomatischen" alle Personen begehen können. § 97 behandelt die Ausspähung im Frieden, daran schliesst sich § 98. § 99 bedroht die Verleitung zur Desertion, § 100 die Nichtinnehaltung von Lieferungsverträgen in Kriegszeiten.

Ungarn. Auch hier denkt man an Reformen, obgleich die Gesetzgebung bedeutend höher steht als die österreichische. „Das ungarische St. G. B. über Verbrechen und Vergehen" (V. G. A. vom Jahre 1878) sticht von den übrigen neueren Gesetzen nicht ab. Es scheidet wie der Schönborn'sche Entwurf den Landesverrat als Staatsverrat vom Hochverrat. Vgl. Teil II. Drittes Hauptstück. § 142—152.

Nach § 142 macht sich derjenige ungarische Staatsangehörige des Staatsverrates schuldig, welcher sich mit der Regierung einer auswärtigen Macht verbindet oder mit derselben unmittelbar oder mittelbar in Berührung tritt, um sie zu einer feindseligen Handlung gegen den ungarischen Staat oder gegen die österreichisch-ungarische Monarchie zu veranlassen, ferner derjenige, welcher eine auswärtige Macht zum Kriege gegen Österreich-Ungarn zu bewegen sucht.

> Derjenige ungarische Staatsangehörige, welcher nach erfolgter Kriegserklärung oder (!) nach Ausbruch des Krieges in den Militärdienst des Feindes übertritt, begeht das Verbrechen des Staatsverrates und ist mit Staatsgefängnis von zehn bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen. (§ 143.)

Nach demselben § ist auch das „freiwillige" Verbleiben in fremden Kriegsdiensten bedroht.

§ 144 entspricht dem § 90 R. St. G.s. Sonderbarer Weise spricht auch dieser § Abs. 1 noch von Offizieren „oder" Soldaten.

Auf Ausländer sind in den Fällen der §§ 142 und 144 die internationalen Kriegsgesetze anzuwenden. (§ 145.) § 146 handelt vom sog. diplomatischen Landesverrat.

> Mit Zuchthaus von zehn bis zu fünfzehn Jahren ist auch derjenige zu bestrafen, wer durch Gewalt, Diebstahl, Unterschlagung oder List in den Besitz bezw. in die Kenntnis der im vorigen § bezeichneten Urkunden, Daten oder Nachrichten gelangt und dieselben dem Feinde mittelbar oder unmittelbar mitteilt. (§ 147.)

§ 148 bedroht das Komplott, auch wenn keine Vorbereitungshandlung vorliegt; § 149 die Aufforderung zur Begehung eines Staatsverrats.

Das vierte Hauptstück handelt vom Aufstand.

Demnächst soll eine Vorlage über die strengere Bestrafung des militärischen Staatsverrates und der Spionage dem Parlament zugehen [1]).

Bosnien und die Hercegovina. „Das Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen" ist seit dem 1. September 1881 in Geltung. Es kennt keinen Landesverrat, behandelt aber ausser dem Hochverrat (§ 111) einige Fälle desselben besonders.

So § 116, nach welchem als Verbrechen wider die Kriegsmacht zu behandeln sind:

1. die unbefugte Werbung;
2. die Ausspähung. . . .
3. die Verleitung oder Hilfeleistung zur Verletzung eidlicher Militärdienstverpflichtung.

§ 117 behandelt die unerlaubte Werbung; die §§ 118 bis 125 sprechen von den Strafen und vom Versuch.

§ 125 bedroht die Ausspähung zur Kriegszeit oder im Zeitpunkt militärischer Rüstungen. Erfordert ist wiederum die Absicht, dem Feinde Mitteilung zu machen.

---

[1]) Vgl. „Die Reichswehr". Wien. Sonntag, den 7. März 1897: „Ein Militär-Spionagegesetz" von Dr. Heinrich Lammasch. Der Artikel schlägt ein Gesetz wie das deutsche vom 3. Juli 1893 vor.

§ 127 spricht von der Nichtverhinderung der Ausspähung.

§ 131 gleicht dem § 89 R. St. G.s.

Das dritte Hauptstück handelt vom Aufstand und Aufruhr.

Vgl. Circ.-Verordnung des K. K. M. vom 16. October 1882.

Kroatien, Slavonien, Dalmatien. Diese Ländergruppe regelt ihr Strafrecht autonom; die Kodifikation desselben ist vom 27. Mai 1852. Das St. G. B. ist identisch mit dem österreichischen. Abgeändert aber wurden im Jahre 1870 die Bestimmungen über den Landesverrat. Es kommen jetzt die Verordnungen des Militärstrafrechts in Betracht.

Italien. Das italienische St. G. B. vom 30. Juni 1889 behandelt den Landesverrat in den Artikeln 104 bis 116. art. 106 entspricht etwa dem § 87 R. St. G.s; art. 105 dem § 88; er hat noch den Zusatz:

> Die gleiche Strafe kommt auch zur Anwendung, wenn der Schuldige durch Eintritt in den Militärdienst eines auswärtigen Staates die Staatsangehörigkeit verloren hatte.

art. 107 gleich § 90 R. St. G.s, jedoch kürzer und mit milderen Strafen.

Nach art. 109 können die Handlungen des art. 107 auch fahrlässig begangen werden.

art. 110 behandelt das unbefugte Aufnehmen von Plänen, art. 111 den sog. diplomatischen Landesverrat.

artt. 113 und 114 im wesentlichen gleich § 89 R. St. G.s.

Der Landesverrat wird vor dem Hochverrat behandelt.

Frankreich. Der code pénal handelt im Beginne seines dritten Buches (art. 75 ff) des crimes et délits contre la sûreté de l'Etat:

> Tout Français qui aura porté les armes contre la France, sera puni de mort. Ses biens seront confisqués.

Hierzu sagen die Motive: C'est ici que figureront ces Français dénaturés (!) qui portent les armes contre leur patrie.

art. 76 gleich § 87 R. St. G.s, art. 77 = § 90. art. 78 bedroht diejenigen, die sich mit auswärtigen Mächten eingelassen und diese, wie sich durch den Erfolg gezeigt hat, unterstützt haben, auch wenn sie nicht die in den artt. 76 und 77 genannten Handlungen begehen wollten. Nach art. 79 stehen Angriffe gegen verbündete Staaten, welche mit Frankreich gemeinsame Aktion machen, hinsichtlich ihrer Strafbarkeit mit den gegen Frankreich gerichteten gleich.

art. 80 gleich § 92 No. 3 R. St. G.s; daran schliesst sich art. 81.
art. 82 gleich § 92 No. 1 und No. 2 R. St. G.s.
art. 83 handelt von Spionen. art. 84:

Quiconque aura, par des actions hostiles non approuvées par le Gouvernement, exposé l'Etat à une déclaration de guerre, sera puni du bannissement; et, si la guerre s'en est suivie, de la déportation.

Quiconque aura, par des actes non approuvées par le Gouvernement, expose des Français à éprouver des représailles, sera puni du bannissement (art. 85.) [1]).

Die folgenden artt. behandeln den Hochverrat.

Belgien. code pénal vom 9. Juni 1867. vgl. livre II chap. 2 artt. 113 bis 124; die Bestimmungen entsprechen dem französischen code pénal.

Niederlande. St. G. B. vom 3. März 1881.

Wer sich mit einer auswärtigen Macht einlässt, um dieselbe zu Feindseligkeiten oder zu einem Kriege gegen den Staat zu bewegen, sie in dem gefassten Entschlusse zu bestärken, ihr dabei Hülfe zuzusagen oder bei der Vorbereitung Hülfe zu leisten, wird mit Gefängnis bis zu fünfzehn Jahren bestraft. Finden die Feindseligkeiten statt oder bricht der Krieg aus, so wird mit Gefängnis auf Lebenszeit oder bis zu zwanzig Jahren verhängt. (§ 97.)

Die §§ 98 bis 100 enthalten § 92 R. St. G.s. § 101 gleich § 88 R. St. G.s; § 102 gleich § 89; §§ 102 und 103 gleich § 90 R. St. G.s, jedoch wird gefordert die „Absicht, dem Feinde Hülfe zu leisten oder den Staat dem Feinde gegenüber zu benachteiligen".

Ein besonderer § 104 bedroht das Aufnehmen eines feindlichen Spions und die Veranlassung einer Desertion, auch ohne die vorgenannte Absicht.

Eine Beschlagnahme des Vermögens findet nicht statt [2]).

Luxemburg. Das St. G. B. entspricht im wesentlichen dem code pénal. art. 115 (§ 90 R. St. G.s) stellt den strafbaren Versuch dem vollendeten Verbrechen gleich und spricht vom Komplott.

---

[1]) Hierzu kommt das Gesetz vom 18. April 1886: loi, qui établit des pénalités contre l'espionage.

[2]) Vgl. im übrigen auch Zeitschr. für die ges. Str. Band I Seite 309 ff.

Mit Detention von fünf bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer mit den Unterthanen einer feindlichen Macht einen Verkehr unterhält, welcher, ohne eines der im art. 115 aufgezählten Verbrechen zum Gegenstande zu haben, nichts desto weniger zum Ziel und zum Ergebnis hat, dem Feinde Anweisungeu zu erteilen, welche der militärischen oder politischen Stellung des Grossherzogtums oder seiner gegen einen gemeinsamen Feind handelnden Verbündeten Schaden bringen. (art. 117.)

art. 118 handelt vom „diplomatischen“ Landesverrat im Amte; art. 121 vom Verbergen der Spione.

Wenn auf irgend eine Weise Gegenstände in der Absicht in Brand gesetzt oder zerstört worden sind, um den Feind zu begünstigen, so treten an die Stelle der für diese Handlungen im cap. 3 des IX. Titels bestimmten Strafen die nachfolgenden . . . . (art. 122).

Spanien. Vgl. Théorie du code pénal Espagnol (1848) comparée avec la legislation Française par Louis Laget. Paris 1881. Seite 340. Titre II. chap. 1er: délits de trahision.

art. 139 des spanischen St. G. B.s:

la tentative de détruire l'independance ou l'intégrité de l'Etat, sera punie de la peine de mort.

art. 140 entspricht fast wörtlich dem § 87 R. St. G.s. art. 141 gleich § 88, art. 142 gleich § 92 R. St. G.s.

No. 6 des art. 142 handelt von dem, qui recrutera en Espagne des hommes pour le service des armées d'une puissance ennemie; art. 143 vom Komplott; art. 144 von der Vermögensbeschlagnahme.

Das 2. Kapitel: délits qui compromettent la tranquillite ou l'indépendance de l'Etat enthält ebenfalls einige landesverräterische Bestimmungen.

Portugal. Codigo penal approvado par decreto de 10 de decembro de 1852. Lisboa 1877 Seite 44 titulo II: das crimes contra a segurança do estado. cap. 1. Landesverrat. art. 141 entspricht in sehr allgemeiner Fassung dem § 89, art. 142 dem § 87 R. St. G.s. artigo 143:

Todo o portuguer que ajudar ou tentar una potencia estrangeira inimiga na execução de medidas hostis ao estado, tendo com ella on com suos agentes, ou directamente ou por quelques intermediario, correspondencia, a fine de facilitar essa exe-

art. 80 gleich § 92 No. 3 R. St. G.s; daran schliesst sich art. 81.
art. 82 gleich § 92 No. 1 und No. 2 R. St. G.s.
art. 83 handelt von Spionen. art. 84:

Quiconque aura, par des actions hostiles non approuvées par le Gouvernement, exposé l'Etat à une déclaration de guerre, sera puni du bannissement; et, si la guerre s'en est suivie, de la déportation.

Quiconque aura, par des actes non approuvées par le Gouvernement, expose des Français à éprouver des représailles, sera puni du bannissement (art. 85.)[1].

Die folgenden artt. behandeln den Hochverrat.

Belgien. code pénal vom 9. Juni 1867. vgl. livre II chap. 2 artt. 113 bis 124; die Bestimmungen entsprechen dem französischen code pénal.

Niederlande. St. G. B. vom 3. März 1881.

Wer sich mit einer auswärtigen Macht einlässt, um dieselbe zu Feindseligkeiten oder zu einem Kriege gegen den Staat zu bewegen, sie in dem gefassten Entschlusse zu bestärken, ihr dabei Hülfe zuzusagen oder bei der Vorbereitung Hülfe zu leisten, wird mit Gefängnis bis zu fünfzehn Jahren bestraft. Finden die Feindseligkeiten statt oder bricht der Krieg aus, so wird mit Gefängnis auf Lebenszeit oder bis zu zwanzig Jahren verhängt. (§ 97.)

Die §§ 98 bis 100 enthalten § 92 R. St. G.s. § 101 gleich § 88 R. St. G.s; § 102 gleich § 89; §§ 102 und 103 gleich § 90 R. St. G.s, jedoch wird gefordert die „Absicht, dem Feinde Hülfe zu leisten oder den Staat dem Feinde gegenüber zu benachteiligen".

Ein besonderer § 104 bedroht das Aufnehmen eines feindlichen Spions und die Veranlassung einer Desertion, auch ohne die vorgenannte Absicht.

Eine Beschlagnahme des Vermögens findet nicht statt[2].

Luxemburg. Das St. G. B. entspricht im wesentlichen dem code pénal. art. 115 (§ 90 R. St. G.s) stellt den strafbaren Versuch dem vollendeten Verbrechen gleich und spricht vom Komplott.

---

[1]) Hierzu kommt das Gesetz vom 18. April 1886: loi, qui établit des pénalités contre l'espionage.

[2]) Vgl. im übrigen auch Zeitschr. für die ges. Str. Band I Seite 309 ff.

Mit Detention von fünf bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer mit den Unterthanen einer feindlichen Macht einen Verkehr unterhält, welcher, ohne eines der im art. 115 aufgezählten Verbrechen zum Gegenstande zu haben, nichts desto weniger zum Ziel und zum Ergebnis hat, dem Feinde Anweisungen zu erteilen, welche der militärischen oder politischen Stellung des Grossherzogtums oder seiner gegen einen gemeinsamen Feind handelnden Verbündeten Schaden bringen. (art. 117.)

art. 118 handelt vom „diplomatischen" Landesverrat im Amte; art. 121 vom Verbergen der Spione.

Wenn auf irgend eine Weise Gegenstände in der Absicht in Brand gesetzt oder zerstört worden sind, um den Feind zu begünstigen, so treten an die Stelle der für diese Handlungen im cap. 3 des IX. Titels bestimmten Strafen die nachfolgenden . . . . (art. 122).

Spanien. Vgl. Théorie du code pénal Espagnol (1848) comparée avec la legislation Française par Louis Laget. Paris 1881. Seite 340. Titre II. chap. 1er: délits de trahision.

art. 139 des spanischen St. G. B.s:

la tentative de détruire l'independance ou l'intégrité de l'Etat, sera punie de la peine de mort.

art. 140 entspricht fast wörtlich dem § 87 R. St. G.s. art. 141 gleich § 88, art. 142 gleich § 92 R. St. G.s.

No. 6 des art. 142 handelt von dem, qui recrutera en Espagne des hommes pour le service des armées d'une puissance ennemie; art. 143 vom Komplott; art. 144 von der Vermögensbeschlagnahme.

. Das 2. Kapitel: délits qui compromettent la tranquillite ou l'indépendance de l'Etat enthält ebenfalls einige landesverräterische Bestimmungen.

Portugal. Codigo penal approvado par decreto de 10 de decembro de 1852. Lisboa 1877 Seite 44 titulo II: das crimes contra a segurança do estado. cap. 1. Landesverrat. art. 141 entspricht in sehr allgemeiner Fassung dem § 89, art. 142 dem § 87 R. St. G.s. artigo 143:

Todo o portuguer que ajudar ou tentar una potencia estrangeira inimiga na execução de medidas hostis ao estado, tendo com ella on com suos agentes, ou directamente ou por quelques intermediario, correspondencia, a fine de facilitar essa exe-

§ 83: Norges Indlemmelse i frunmed Rige.
§ 84: Paaforelse af Krig.
§ 85: Folkerratsstriding adfaerd mod andre stater.
§ 86: Bestand ydet Fienden (§§ 89 R. St. G.s.).
§ 87: I Krigstid farlige Handlinger.
§ 88: Misligholdelse af Kontrakter angaaende Krigsmaktens Forsyning eller Befordring i Krigstid.
§ 89: Troloshed fra Underhandleres Side.
§ 90: Robelse af Statshemmiligheder.
§ 91: Retstridig Erhvervelse af Kjendskab til. Statshemmiligheder.
§ 92: Offentlig Meddelse af forbudte Oplysninger i Krigstid.
§ 93: Forfalskning, Odelaeggelse af Statspapirer v. lign.

Dänemark. Der Code pénal Danois promulgé le 10. février 1866 (Copenhague 1874) spricht im 9. Kapitel vom Landesverrat.

§ 71 gleich § 87 R. St. G.s. § 72:

Quiconque, dans un autre but que celui mentionné au § 71, aura entretenu des intelligences avec un gouvernement étranger, pour provoquer des mesures hostiles ou même la guerre contre l'Etat danois, sera puni de mort.

§ 73 bringt eine Variation desselben Verbrechens. § 74 gleicht § 90, § 75 gleich § 88, § 76 etwa § 89 R. St. G.s. § 77: Verleitung zur Desertion; § 78: Meuterei; § 81 enthält den sog. diplomatischen Landesverrat. Die folgenden §§ handeln von feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten.

Schweiz. In der Schweiz herrscht ein reges Leben auf dem Gebiete der Gesetzgebung. An dieser Stelle ist von Interesse die Neucodifizierung des Strafrechts. Vgl. Schweizerisches St. G. B., Vorentwurf mit Motiven, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss, Basel und Genf 1894.

Systematisch sonderbar ist hier die Anordnung. Die Verbrechen gegen den Staat stehen hinter den gemeingefährlichen Verbrechen.

Im einzelnen ist dann aber höchst merkwürdig, dass — im Gegensatz zu den übrigen neuesten Gesetzgebungen — dem Landesverrat nur ein Artikel (154) gewidmet wird, der alle Fälle umfassen soll:

Der Schweizer (!) und der in der Schweiz Niedergelassene, der sich mit der Regierung eines fremden Staates oder mit

einem Agenten derselben einlässt, um diesen Staat zu Feindseligkeiten gegen die Eidgenossenschaft zu veranlassen;
der Schweizer oder der in der Schweiz Niedergelassene, der vorsätzlich eine Handlung begeht, durch welche die Interessen der Eidgenossenschaft im Falle eines Krieges geschädigt oder gefährdet werden;
wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft. Die Kriegsartikel bleiben vorbehalten.

art. 155 handelt von der Gefährdung des Landes durch Nachrichten.

Der Abs. 1 des art. 154 entspricht dem art. 37 des jetzt geltenden Bundesstrafrechts. (Vgl. Seite 223).

Griechenland. Vgl. Maurer: Das griechische Volk 1835.

Vor dem Freiheitskampfe galt in Griechenland römisches Recht (S. 103); daneben standen einige Sätze des türkischen Rechtes in Kraft, wie es in dem türkischen Gesetze, dem Scherg, enthalten war. (S. 120.) Schon in den ersten Jahren der Freiheit wurden die Normen für ein St. G. B. gegeben. (S. 552.) In dem betreffenden Gesetzbuch war aller Delikte gedacht; bezüglich der Grenzverrückung vgl. Seite 564.

Dieses St. G. B. aus dem Jahre 1824 galt noch zur Zeit der Ankunft des neuen Königs; im Jahre 1833 wurde es durch eine Novelle ergänzt. Das St. G. B. vom 18. Dezember 1833 derogierte alle diese Gesetze; es trat in Kraft am 1. Mai 1834. (Band II S. 362.) Im Interesse des neuentstandenen Staates Griechenland wurden gerade auf den Staatsverrat besonders strenge Strafen gesetzt. Vgl. § 123 ff. des St. G. B. (Bd. II Seite 368).

Türkei. Das neue St. G. B. für die Türkei vom 25. Juli 1858 entspricht insbesondere im speziellen Teile fast wörtlich dem code pénal, welcher seine Grundlage bildet[1].

Serbien. Hier ist am 22. Oktober 1885 ein neues M. St. G. B. erlassen worden, welches dem unseren im Wesentlichen gleicht.

Russland. Das Gesetzbuch der Kriminal- und Korrektionsstrafen (St. Petersburg, 1866) handelt in dem zweiten Hauptstück

---

[1]) Gerichtssaal Band XXXX S. 67 ff.

Abteilung II „von dem Landesverrat und den Verbrechen wider das Völkerrecht".

art. 253 enthält in einem krausen Durcheinander fast alle Arten des Landesverrats in fünf Absätzen.

art. 254 droht als Strafe an: Entziehung aller Standesrechte und Todesstrafe, während art. 255 für Teilnahme am Landesverrat und Komplott Konfiskation alles ererbten und wohlerworbenen Vermögens der Schuldigen in Grundlage der ausführlichen, darüber zu erlassenden Vorschriften verhängt.

art. 256 beschäftigt sich besonders noch mit dem Verrat von Staats- und militärischen Geheimnissen, auf welchen als Strafe Entziehung aller Standesrechte und Verweisung nach den entfernteren Gegenden Sibiriens zur Ansiedelung gesetzt ist. art. 257:

> Die insgeheimen, wenn auch nicht auf den Schaden Russlands gerichteten Schriftwechsel mit fremden Regierungen Überwiesenen unterliegen der Einsperrung im Korrektionshause auf eine Zeit von vier bis acht Monaten.

art. 258 qualifiziert das vorige Delikt durch das Erfordernis besonderer Unvorsichtigkeit.

art. 259 handelt vom Überfallen von Einwohnern fremder Staaten, art. 260 von Handlungen gegen fremde und befreundete Staaten.

Bezüglich der bedeutenderen Verbrechen, also auch des Landesverrats unterstehen die Sibirischen Stämme den Reichsgesetzen. (St. G. B. Seite 314; Beilage V.) Dies bezieht sich sowohl auf die nomadisierenden sibirischen Stämme als auch auf die sibirischen Kirgisen, wogegen die Tschuktschen und einige andere Stämme nach ihren Gewohnheiten und Gebräuchen gerichtet werden. Ähnlich steht es bezüglich der nomadisierenden fremden Stämme des Stawropolschen Gouvernements, der auf den Ländereien des Donischen Kosakenheers nomadisierenden Kalmücken und der transkaukasischen fremden Stämme, der in dem Mesenschen Kreise des Archangelschen Gouvernements lebenden Samojeden, der in den Steppen zwischen dem Orenburgischen und dem Astrachanschen Gouvernement lebenden Kirgisen der inneren Horde, welche sämtlich nach den Reichsgesetzen beurteilt werden. Die Kirgisen des Orenburgischen Gebiets (der kleinen Horde) werden für Verrat durch ein Kriegsgericht gerichtet. (Seite 516.)

Zu erwähnen ist noch, dass das allerhöchst bestätigte Gutachten des Reichsrates vom 12. April 1892 ein Spionagegesetz enthält[1]).

B. Asien.

Russland. Vgl. das zuvor Gesagte, ebenso bezüglich Türkei.

China[2]). In China gilt jetzt der Tatsinglüli, das Gesetzbuch der mandschurischen Tsingdynastie, welche seit dem Jahre 1644 in China herrscht. Die Tsingdynastie rezipierte mit wenigen Abänderungen das früher geltende Recht, nämlich das Gesetz der einheimischen Dynastie der Ming; auch diese Dynastie hat den grössten Teil ihres Gesetzes aus früher geltenden Codificationen entnommen. Ein Verbrechen des Landesverrates als besonderes Delikt kennt das chinesische Recht nicht, wenn auch zahlreiche besondere Fälle desselben. Der Landesverrat steckt im Hochverrat.

Beim Hochverrat werden die männlichen Verwandten des Hochverräters enthauptet; die entfernteren Verwandten nur dann, wenn sie mit dem Hochverräter unter einem Dache wohnen; weibliche Verwandte und Kinder unter 16 Jahren werden zu Sklaven gemacht, letztere insbesondere zu Eunuchen verwendet; sie werden begnadigt, wenn sie den Thäter dem Gericht überliefern (Seite 22).

Auf Verrat wichtiger Staatsgeheimnisse steht Enthauptung; doch trifft denjenigen, welcher sie lediglich weiterverbreitet, mildere Strafe. (Seite 32.) Es giebt auch eine mündliche Fälschung d. h. die Entstellung einer mündlichen Ordre. Auf sie steht schwere Strafe, nämlich Todesstrafe, wenn es sich um eine besonders wichtige, eine

---

[1]) In dem Strafgesetz für das Grossherzogtum Finnland vom 19. Dezember 1881 wird der Landesverrat scharf vom Hochverrat unterschieden. Er ist behandelt im zwölften Kapitel. § 1 gleich § 88, § 2 gleich § 90, § 3 gleich § 89, § 4 gleich § 91, § 5 gleich § 87 R. St. G.s. § 6:

> Wer von einer fremden Macht Geschenke nimmt, um deren Vorteil gegen Finnland oder Russland zu fördern, wird mit Zuchthaus bis zu sechs Jahren bestraft. Die Geschenke oder deren Wert sind als verwirkt zu erklären.

§ 7 gleich § 92 Nr. 3 und auch Nr. 1; § 8 gleich § 92 Nr. 2 R. St. G.s

[2]) Kohler: das chinesische Strafrecht. Würzburg 1886.

Ordre des Kaisers handelt. Auch ein falscher Bericht an den Kaiser (Arnim §) wird bestraft. (Seite 36.)

Eine Anzeigepflicht ist für verschiedene besondere Fälle statuiert. Wer von der hochverräterischen Absicht einer Person weiss und davon keine Anzeige erstattet, wird mit dem Tode oder mit Verbannung bestraft. Auch die Verwandten sind in diesem Falle nicht von der Anzeigepflicht befreit.

Annam. Das chinesische St. G. B. ist im wesentlichen in Annam übernommen; es wurde hier durch den König Schabong eingeführt.

Japan [1]). In Japan wurde das chinesische St. G. B. ebenfalls rezipiert. Der chinesische Tatsinglüli zählt zehn Verbrechen auf, welche wegen ihrer Schwere, ihrer Naturwidrigkeit und Furchtbarkeit eine hervorragend hohe Strafe verdienen. Unter diesen steht an dritter Stelle der Landesverrat. Ganz ähnlich spricht sich der japanische Taihoritsu aus; er zählt acht Hauptdeliktsgruppen auf, unter denen sich ebenfalls der Landesverrat befindet [2]). —

Der jetzt geltende (in französischer Übersetzung erschienene) code pénal promulgué par le décret Nr. 36 le 7 mois de la 13 année de Meiji (Tokio) behandelt in Buch II Cap. 2 § 129 bis § 136 den Landesverrat. § 129 spricht vom Waffentragen gegen Japan, § 130 zählt die wichtigsten Fälle der Vorschubleistung auf. Auf die in den beiden §§ genannten Delikte steht Todesstrafe. Sehr interessant ist § 131:

> sera puni de la déportation perpétuelle tout sujet japonais qui, en temps de guerre, aura livré à l'ennemi le secret d'une opération militaire, soit du Japon, soit de ses alliées . . .

§ 134 bedroht die Verletzung der Neutralität [3]).

Indien. The Anglo-Indian codes (edited by Whitley Stokes, D. C. L. Oxford 1887) enthält sehr ausführliche Bestimmungen. Band I Cap. VI handelt von den Angriffen gegen den Staat. § 121:

> Whoever wages war against the Queen or attempts to wage such war or abets the waging of such war, shall be

---

[1]) Kohler in der Zeitschrift für vergl. Rechtsw. Band X. S. 376 ff.: Studien aus dem japanischen Recht.

[2]) Vgl. ein japanisches Rechtsbuch aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts, herausgegeben von Landgerichtsrat Otto Rudorff. Tokio. XXII. (H. W. Müllers Verlag).

[3]) Korea. Dalet: histoire de l'église de Corée 1874. Band I.

punished with death or transportation for life and shall forfeit all his property (!).

§ 123 handelt vom concealing design to wage war.

§ 125 vom waging war against allied Asiatic power.

chapter VII: of offences relating to the army and navy. In Betracht kommt zunächst § 131, welcher das abetting mutiny or attempting to seduce soldier or sailor from duty bedroht; ferner die §§ 132, 135 ähnlichen Inhalts. § 136:

> Whoever ... knowing or having reason to believe that an officer, soldier or sailor in the army or navy of the Queen has deserted, harbours such officer, soldier or sailor, shall be punished with imprisonment of either description for a term which may extend soldier's dress.

Capitel 8 behandelt die Verbrechen gegen die öffentliche Ruhe, Capitel 9 die offences by or relating to public servants, die Verbrechen gegen das allgemeine Wohl.

The Indian Penal Code as modified up to the 1st. may 1896. (Calcutta 1896) hat bezüglich des Landesverrates keine wesentlichen Änderungen gebracht.

Birma[1]). Die Bewohner von Birma rezipierten das indische Recht. Die Gesetzbücher, welche die Birmanen von den Talaings, einem von ihnen besiegten Volksstamme, übernahmen, heissen Damathats (indisch: Dharmaçastra). Der Manu Kyay Damathat des Mahasirinthamajaya aus dem vorigen Jahrhundert (übersetzt von D. Richardson) enthält in seinen 14 Bänden meist Civilrecht. Vom Landesverrat ist nicht die Rede. Doch scheint die Geschichte im 21. Stück des 14. Buches auf ihn hinzuweisen; es ist die Geschichte von einem Honigtropfen, durch den ein Königreich zerstört wurde. Die Parabel soll die Menschheit darüber belehren, that great offences may be diminished, and smoll offences extingished; ein Ereignis, originally insignificant have in the process of time become powerful.

Armenien. vgl. Kohler: in der Zeitschr. für vergl. Rechtswissenschaft Band VII Seite 305 ff. Seite 405: Analyse des Lemberger Rechtsbuches. Seite 430: Hochverräter werden mit dem Tode bestraft.

Malaien. Über das Strafrecht der Malaien haben wir einen

---

[1]) Kohler: das Recht der Birmanen in der Zeitschrift für vergl. Rechtsw. Band VI S. 161 ff.

wertvollen Aufsatz in den „Bijdragen tot de taal- land- en volkenkunde von Nederlandsch-Indië 1883. Seite 85 ff. steht Het Strafrecht bij de volken van het maleische ras, door G. A. Wilken. Über den Landesverrat finden wir Seite 114 folgendes: De staatkundige misdrijven in den meer bepaalden ziu van het woord ziju natuurligk van verschittenden aard. Zoo worden landverraaders, spionnen enz. als politieke misdadigers beschoenwd en gevonnist. Vervalsching van een vorstelijik bevelschrift is in vele landen een groot staatkundig vergrijp, dat met den dood gestraft wordt. ‚The code of Johor', lezen wij o. a. bij Newbold, ‚directs that the person, who is convicted of forging the kings edict shall have his tongue slit, or his scalp forcibly torm off, and be put to death'. Ziehier ter kauschetsing nog eenige voorbeelden van straffen op politieke misdrijven, zoals zij, volgens Raffles. . . . . .

C. Afrika.

Colonien. In einem sehr grossen Teile Afrikas gilt infolge der Colonisation europäisches Recht z. B. in Algier.

Egypten. Hier kommt für Ausländer der code pénal in Betracht. Vgl. Codés Egytiens précédés du Reglement d'Organisation Iudiciaire. Le Caire 1883.

Die Kabylen. Über das Strafrecht der Kabylen haben wir das verdienstvolle Werk von Hanoteau et Letourneux: La Kabylie et les contumes Kabyles. Paris 1872. vol. 3. In diesem finden wir unter der dem code pénal entsprechenden Überschrift crimes et délits contre la chose publique in Abschnitt II Seite 159 Angaben über die Bestrafung der Fälschung (vgl. § 92 No. 2 R. St. G.s).

Seite 153: si en temps de guerre deux partis se forment dans le village, ceux qui appelleront l'ennemi à leur secours payeront chacun 100 réaux. S'ils sont nombreux, on attend pour faire payer l'amende que la guerre soit finie, (Ait Mahmond); celui qui passe à l'ennemi, paye 50 réaux, à moins que son ânnaia n'ait été violée, auquel cas il ne paye rien (ait Mahmond); celui qui passe à l'ennemi pendant la guerre est passible de la confiscation ou tout au moins d'une forte amende.

Also der Landesverrat wird mit Geldbusse gesühnt. Toutefois, dans certains villages, si le nombre des défectionnaires est trop con-

sidérable et dépasse un chiffre fixé à l'avance, le premier seul est soumis à l'amende.

Viennent ensuite dans l'ordre de la culpabilité:

1. celui qui réçoit de l'étranger pour exciter des troubles dans le village et y faire naître la guerre civile u. s. w.

Lorsque l'état de guerre existe, celui qui réfuse de prendre les armes est frappé d'une amende considérable (50 douros ou même davantage). Cette obligation de prendre les armes pour la défense commune ne s'arrête pas aux limites du territoire.

La simple lâcheté est également punie.

Le Kabyle qui, d'intelligence avec l'ennemi, cherche à faire trouver les opérations en longueur ou l'avertit des résolutions prises, paye sa trahison d'une amende et peut être banni à temps ou à perpétuité.

Il est défendu de s' introduire sans autorisation dans un village assiégé et d'avoir des relations avec les belligérants.

Togogebiet[1]). Das Strafrecht der Epheneger ist wenig entwickelt; es beruht wie das übrige Recht auf Gewohnheit. Dass der complizierte Anschauungen vom Staate erfordernde Begriff des Landesverrats noch nicht entstanden ist, ist natürlich.

Bei den Yoruba steht auf den Verrat Todestrafe, ähnlich ist es in Dahomey. (Kohler S. 454.)

Bei den Amaxosa[2]), einem südafrikanischen Volksstamm, wurde Hochverrat früher mit dem Tode bestraft. Seit Abschaffung der Todesstrafe tritt nur noch eine Busse ein. Das Vermögen wird konfisciert.

Kapland[3]). Hier gilt römisches Recht.

D. America.

Vereinigte Staaten von Amerika.

Die sog. Statuten der einzelnen Staaten der nordamerikanischen Union entsprechen sich in solchem Masse, dass eine Besprechung der

---

[1]) Vgl. Zeitschrift für vergl. Rechtsw. Band XI. S. 131; Henrici: das Volksr. der Epheneger. Ebenda Kohler: Über das Negerrecht, namentlich in Kamerun.

[2]) Zeitschr. für vergl. Rechtsw. Band IX. Seite 32 ff.; Rehme: über das Recht der Amaxosa.

[3]) Kohler: ebenda Band VIII S. 222 ff.: Auch ein Land des römischen Rechts.

einzelnen überflüssig erscheint. Wir begnügen uns damit, die wichtigeren Stellen hervorzuheben, eine Quellenangabe zu machen und in Klammern den § des R. St. G.s zu bemerken, dessen Inhalt der angezogene art. oder § des Statuts im grossen und ganzen wiedergiebt.

Massachusetts enthält keine besonderen Bestimmungen über den Landesverrat, ebenso

Maine.

Connecticut. Vgl. The general statutes of Connecticut. Revision of 1887 in force January first 1888. Hartford 1887. sec. 1396 bis 1398 geben die gewöhnliche Definition vom Landesverrat. sec. 1397: misprision.

New-Hampshire. The public statutes of the state of New-Hamsphire (Concord 1891) enthält in einem sonderbaren System in chap. 279. sec. 1—3 die gewöhnlichen Bestimmungen. sec. 3:

> no person shall be tried for treason or misprision of treason, unless the indictment therefore is found within two years next after the commission of the offense.

Rhode Island. The General laws of the state of Rhode Island and Providence Plantations (Providence 1896) behandeln in title XXX chap. 275 die offenses against the sovereignity of the state. sec. 1 bis 3, ähnlich wie Connecticut.

New-York. Das St. G. B. für den Staat New-York vom 26. Juli 1881 enthält nichts über den Landesverrat. § 37 sagt:

> Hochverrat gegen das Volk des Staates besteht in der Unternehmung eines Krieges gegen das Volk des Staates innerhalb dieses Staates. . . . .

Von einer Veranlassung des Krieges, Einlassen zum Kriege ist aber nicht die Rede [1]).

Pennsylvania. A Digest of the laws of Pennsylvania from 1700 to 1894. Philadelphia 1896. pag. 1334 No. 620 treason; 621: misprision of treason, 622: levying war against the state or the United States.

New-Jersey. Revision of the statutes of New-Jersey Trenton 1877. Vgl. zunächst Seite XIV, wo die Konstitution einige Bestimmungen auch über den Verrat enthält. Die genauen Bestimmungen stehen dann Seite 226: No. 1—3. In No. 1 sind fast alle Fälle des

---

[1]) Auch Zeitschrift für die ges. Str. Band IV S. 114—118.

Landesverrats aufgezählt. Strafe ist überall die Todesstrafe. No. 2 statuiert die Anzeigepflicht, No. 3: petit treason punished as murder. No. 5: conspiracy to make war on other states of the Union.

Maryland. Revised Code of the public general laws of the state of Maryland. Baltimore 1879. Der Verrat wird sehr ausführlich in den §§ 129—138 behandelt. § 129 enhält die gewöhnliche amerikanische Definition des Landesverrats. Strafe: Todesstrafe. § 130: providing or procuring money or property to be used for treason. § 131 spricht von der Rebellion, § 133 von der Conspiration zur Erregung eines Krieges. § 136: seducing persons to commit treason.

West-Virginia. The code of West-Virginia (Charleston 1891 C. 895) handelt in chap. 143 von den offenses against the sovereignity of the state: No. 1—4. No. 1: die gewöhnliche Definition. Dazu:

> No person shall be convicted of treason, unless on the testimony of two witnesses to the same overt act, or on confession in open court.

Columbia. Die revised statutes of the United States relating to the district of Columbia (Washington 1875) behandeln den Landesverrat nicht.

Virginia. Die Bestimmungen des Code of Virginia (Richmond 1887) auf Seite 887 weichen von den übrigen amerikanischen nicht ab: vgl. sec. 3658—3660.

Georgia. Der code of the state of Georgia (Macon 1873) ist ungemein interessant. Er unterscheidet nämlich wie etwa das A. L. R. verschiedene Grade des Verrats.

§ 4312 spricht von den crimes against the state and people und sagt: diese Verbrechen shall be consist in treason in the first degree and second degree, exciting or attempting to excite an insurrection.

§ 4313 bespricht den Verrat im ersten Grade; er besteht in der Erregung eines Krieges u. s. w. Die Strafe ist Tod.

Der Verrat im zweiten Grade (§ 4314) besteht in the knowledge and concealment of treason without otherwise assenting to or participating in the same: Strafe ist: vier Jahre Zuchthaus.

South Carolina. The general statutes of the state of South Carolina adopted by the general assembly of 1881—1882. Columbia 1882. sec. 2567 handelt von der Conspiration. Genauere Bestimmungen fehlen im übrigen.

Kentucky. The Kentucky Statutes (Louisville 1894) enthalten in § 1148 eine dürftige Bestimmung über den Landesverrat. Strafe ist Tod.

Tennessee. The code of Tennessee Nashville 1884. Seite 1058. chap. 4 art. 1 § 5518—5522: treason. 5519 No. 2 (§ 87), 5519 No. 3 (89), 5521 (139).

Mississippi. The annoted code of the general statute laws of the state of Mississippi (Nashville 1892). sec. 1006 steht die Conspiration.

sec. 1313 findet sich in einem sonderbaren System der Landesverrat mit den gewöhnlichen Bestimmungen.

Dazu the revised code etc. Jackson 1880. § 2965/66.

Texas. Revised civil statutes of the state of Texas. Austin Texas 1895. title IV von den Angriffen gegen den Staat und sein Territorium. Cap. 1: Verrat. art. 92:

> treason against the state shall consist only (!) in levying war against it or adhering to its enemies, giving them aid and comfort.

Die Strafe enthält art. 93 chap. 2: misprision of treason.

Louisiana. The revised statute laws of the state of Louisiana New-Orleans 1876. sec. 855: treason aginst the state shall be consist u. s. w. wie bei Texas. sec. 856 (§ 139).

Ohio. The revised statutes of the state of Ohio. Cincinnati 1896. Seite 1676. chap. 2: offenses against the sovereignity of the state. sec. 6808 wie gewöhnlich. Strafe: lebenslängliches Zuchthaus. sec. 6807 (§ 139).

Illinois. The revised statutes of the state of Illinois. Chicago 1895 ohne Bestimmungen.

Missouri. The revised statutes of the state of Missouri. Jefferson City 1889. chap. 47. art. 1. sec. 3454: punishment of treason. sec. 3455: misprision. sec. 3456 spricht insbesondere noch von dem giving aid to enemies of state.

Änderungen sind nicht eingetreten durch die revised statutes of the state of Missouri von 1889 gegenüber denen von 1879, wo der Verrat sec. 1227—1230 behandelt war.

Indiana. The revised statutes of the state of Indiana. Chicago 1896. chap. 5. sec. 1902: treason:

> whoever levies war against . . . .

1903: misprision of treason.

Jowa. Statutes of the state of Jowa showing the general statutes in force July 4. 1880. Chicago 1880. chap. 1. title 24. sec. 3845: Definition wie gewöhnlich. sec. 3846: misprision. sec. 3847:

No person shall be convicted of treason, unless . . . .

Vgl. dazu unter demselben Titel § 5125—5128 in den Statuten vom 4. Juli 1888.

Michigan. The general statutes of the state of Michigan. Chicago 1883. Seite 2206. § 9072 spricht von der Strafe des Verrates, ohne dass dieser definiert würde. § 9073: misprision. § 9074 vgl. zu Jowa sec. 3847.

Dazu: die general statutes of the state of Michigan. Chicago 1890. Seite 3797.

Wisconsin. Revised statutes of the state of Wisconsin. Modison 1878. chap. 184: offenses against the public peace. sec. 4510: auf den Verrat steht lebenslängliche Freiheitsstrafe. Nähere Bestimmungen fehlen.

Minnesota. The general statutes of the state of Minnesota. Saint Paul 1883. chap. 93: offenses against the sovereignity of the state. § 1: gewöhnliche Definition. § 2: Strafe des Verrates. § 3: misprision. § 4: vgl. Jowa sec. 3847.

Dazu vgl. general statutes of the state of Minnesota in force January 1891. Saint Paul 1893. Sie sind ausführlicher als die früheren. title 4: treason. sec. 5986—5992. Die Bestimmungen weichen im wesentlichen nicht ab von den früheren. Wichtig ist sec. 5990:

To constitute levying war against the state an actual act of war must be committed.

To conspire to levy war is not enough.

Nebrasca. The compiled statutes of the state of Nebrasca. Lincoln 1895. Seite 1307. chap. 5: offenses against public peace. 6673. sec. 22: treason:

Any person or persons residing in this state (!), who shall levy war against this state or the United States of America or shall knowingly adhere to the enemies of this state or the United States, giving them aid and comfort, shall be deemed guilty of treason against the state of Nebrasca and shall be imprisoned in the penitentiary during life.

6674 handelt von den accessories; 6675 von military expeditions against other states.

Colorado. Mill's annoted statutes of the state of Colorado. Chicago 1891. sec. 1894: conspiracy. Sonst ohne Bestimmungen.

Californien. The codes and statutes of California. San Francisco 1886. title III: offenses against the sovereignity of the state. sec. 37, 38 wie immer.

Mexico. Das Mexikanische St. G. B. vom 7. Dezember 1871, gültig für den Bundesdistrikt und das Territorium Niederkalifornien bezüglich der gemeinen Vergehen und für die ganze Republik bezüglich der Vergehen gegen den Bund behandelt den Landesverrat im 13. Abschnitt. § 1071 sagt:

> Das Vergehen des Verrates begeht, wer die Unabhängigkeit der Mexikanischen Republik, ihre Souveränität, ihre Freiheit oder die Unverletzlichkeit ihres Gebietes angreift.

§ 1075 (§ 90 No. 5), 1077 (§ 92 No. 3) 1078, 1079 (§ 92), 1080 (§ 88), 1081 (§ 90).

Venezuela. Das St. G. B. von Venezuela (Carácas 1874) handelt im Titel 1 des zweiten Buches von den Delikten gegen die Unabhängigkeit, Integrität und die öffentliche Ordnung der Nation. art. 115:

> Son reos de traicion a la patria . . . .

Hochverrat und Landesverrat werden nicht unterschieden. art. 119 vom Aufstand. Die betreffenden Artikel reichen bis 143.

Chile. Codigo penal de la república de Chile. Santiago de Chile 1874. Titel 1, Buch II enthält die crímenes i simples delitos contra la seguridad esterior i soberania del estado. art. 106 (§ 87). art. 107:

> el chileno que militare contra su patria bajo banderas enemigas, sera castigado con presidio mayor en su grado maximo a muerte.

art. 108 enthält auch eine hierher gehörige Bestimmung.

art. 109 (§ 92), art. 115: el que violare la neutralidad de la republica, comerciando con los belijerantes.

Argentinien. Codigo penal de la capital de la nacion Argentinia. Buenos-Aires. 1884. enthält keine Bestimmungen. Dem Titel 1 des besonderen Teils: von den Verbrechen gegen die innere Sicherheit des Staates entspricht kein solcher: von den Verbrechen gegen die äussere Sicherheit.

Brasilen. Novo codigo penal brazileiro; Recife 1891. Buch I Titel 1; art. 87ff. Der § 2 dieses Artikels enthält im wesentlichen den Inhalt des § 87 R. St. G.s und behandelt zugleich das Vorschub-

leisten. § 3 spricht von dem sog. diplomatischen Landesverrat. § 4 behandelt einige schwere Fälle der Unterstützung des Feindes. Die Strafe für die genannten Delikte ist: 5 bis 15 Jahre Zuchthaus. art. 88 enthält den Fall, dass der Feind zum Kriege provociert wird. art. 89 = § 89 R. St. G.s.

Costa Rica. Codigo general de la republica de Costa Rica emetido en 30 de Julio de 1841. Nueva-York 1858. Seite 24 ff. Buch II: von den Staatsverbrechen. Titel 1: Delicte gegen die äussere Sicherheit des Staates. art 151—161. Es werden alle Fälle behandelt. Strafe ist meist Tod.

Guatemala. Codigo penal de la republica de Guatemala. 1889. Das zweite Buch desselben beginnt mit dem Landesverrat und enthält in art. 120 unter 20 Nummern fast alle Fälle des Verrates.

E. Australien.

Der grösste Teil dieses Erdteils ist Kolonialbesitz. In Betracht kommen daher zunächst die europäischen Strafrechte. Ausserdem sei erwähnt Victoria. Das Strafgesetz für die australische Kolonie ist gegeben „anno quinquagesimo quarto Victoriae reginae".

§ 226: forging Her Majestys Seals and other Seals.

> Whoever shall forge or counterfeit or shall utter knowing the same to be forged or counterfeited the great seal of the United Kingdom, Her Majesty's privy seal, any privy signet of Her Majesty, Her Majesty's royal sign manual, any of Her Majesty's seals appointed by the twenty-fourth article of the union between England and Scotland, to be kept used and continued in Scotland. . . . shall be guilty of felony; and being convicted thereof shall be liable at the discretion of the court to be imprisoned for any term not exceeding fifteen years. (§ 92 No. 2.)

Im allgemeinen fehlt es an Bestimmungen über den Landesverrat.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz in Schles.

Der strafbare Betrug

im Civilprozess.

Von

Dr. jur. **Otto Michel.**

BRESLAU 1898.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Professor Dr. Frank, Giessen.

Der strafbare Betrug im Civilprozess.

In der folgenden Abhandlung soll versucht werden, einen Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug zu geben; insbesondere soll uns die Frage beschäftigen, wie es möglich ist, einen Betrug im Civilprozess zu begehen. Bevor wir jedoch des Näheren auf die zu behandelnde Spezialfrage eingehen, erscheint es notwendig, einen kurzen historischen Überblick über die Entwicklung des strafrechtlichen Betrugsbegriffes vorauszuschicken, um so eine sichere Grundlage für die späteren Ausführungen zu gewinnen.

Die Entwicklung unsrer heutigen Lehre vom strafbaren Betrug hat sich sehr langsam vollzogen, und die mancherlei in Doktrin und Praxis noch jetzt bestehenden Kontroversen deuten darauf hin, dass sie immer noch nicht völlig abgeschlossen ist. Der geschichtliche Ausgangspunkt derselben findet sich in den Bestimmungen des römischen Rechts über das falsum und den stellionatus.

Die lex Cornelia de falsis vom Jahre 80 v. Chr. stellte ein crimen falsi auf, welches sich anfangs nur auf Testaments- und Münzfälschungen bezog, später aber auch auf andere Fälschungen, insbesondere Urkundenfälschungen ausgedehnt wurde und schliesslich in seiner Erweiterung auf die quasi falsa auch zur Bestrafung von eigentlichen Betrugsfällen diente. Eine genaue Definition dessen, was unter diesem Begriff zu verstehen sei, findet sich nicht, eine Erscheinung, die bei dem bekannten Ungeschick der Römer im Definieren auf strafrechtlichem Gebiet nicht Wunder nehmen darf.[1])

[1]) L 23 D. 48, 10 heisst: falsum videtur esse, si quis alienum chirographum imitetur aut libellum, aut rationes intercidat, vel describat, non qui alias in computatione vel in ratione mentiuntur. Diese Stelle enthält mehr eine Exemplifikation, als eine Definition.

Die Entstehung des stellionatus gehört erst der nachhadrianischen Zeit an. Für das ältere römische Recht mochten in vielen Fällen auch die Bestimmungen über das furtum in seiner ausgedehnten römischrechtlichen Bedeutung ausgereicht haben. Auch bei dem stellionatus zeigt sich, wie wenig das römische Recht zur Ausbildung scharfer Deliktsbegriffe geeignet war. Im Gegensatz zum bloss civilrechtlichen Betrug rechnete man unter den stellionatus alle Übervorteilungen, die mit einer besonderen calliditas, mit einem dolus atrocior, gravior, improbior ausgeführt waren und grössere Vermögensbeschädigungen erzeugten, und gab die stellionatus persecutio, von einer genauen Substanzierung des Thatbestandes absehend, überall da, wo andere Kriminalklagen zur Bestrafung von rechtswidrigen, in arglistiger Weise herbeigeführten Benachteiligungen nicht anwendbar waren [1]). Dass unter diesen Umständen, zumal bei dem Mangel einer genauen Definition des stellionatus, der Begriff sich in's Unbestimmte verflüchtigte und das Delikt bloss die Bedeutung eines vagen Aushilfeverbrechens erlangte, kann kein Befremden erregen.

Fast noch weniger Material, als in den römischrechtlichen Quellen finden wir in der deutschen Reichsgesetzgebung vor, und das, was wir hier vorfinden, ist von relativ geringem Einfluss auf die Weiterentwicklung des Betrugs gewesen. Die C. C. C. behandelt den dem römischen Stellionat und Falsum entsprechenden Begriff in einer Reihe kasuistischer Einzelbestimmungen in den Artikeln 110—115 [2]). Hier werden als peinlich hervorgehoben die Fälschung von Münzen, Siegeln, öffentlichen Urkunden, von Nahrungsmitteln und anderen Waren. In noch weitergehende Detailierungen verlieren sich die

---

[1]) L 3 § 1 D 47, 20 giebt folgende Erklärung des stellionatus: stellionatum objici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si alienum crimen non sit, quod objiciatur; quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio; ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatum objiciemus.

[2]) Besonders kommt hier Art. 113 in Betracht, der lautet: „Welcher bösslicher und gefährlicher Weiss, Maass, Waag, Gewicht, Spezerei oder andere Kauffmannschaft fälschet, oder die für gerecht gebrauchet und ausgiebt, der soll zu peinlicher Straff angenommen, ihm das Land verbothen, oder an seinem Leibe, als mit Ruthen ausgehauen, oder dergleichen, nach Gelegenheit und Gestalt der Überführung gestrafft werden: Und es möchte solcher Falsch als oft grösslich und boshaftig geschehen, dass der Thäter zum Tode gestrafft werden soll.“

späteren Reichsgesetze, insbesondere die Reichspolizeiordnungen, die, um einige Beispiele anzuführen, als Betrug behandeln „das teilweise Auffüllen eines Weinfasses mit Wasser (R.P.O. v. 1577, tit. 16), das Feilhalten gefälschter Gewürze (R.P.O. v. 1577, tit. 24), das Feilhalten untauglicher Apothekerwaren“ u. a.

So kam es, dass die Unbestimmbarkeit des Betrugsbegriffes für das gemeine Recht bestehen blieb, und die vorhandenen Unklarheiten sich eher vermehrten, als verminderten. Bei Carpzow und den ihm folgenden Schriftstellern erscheint demzufolge auch der stellionatus als ein Aushilfeverbrechen ohne grosse praktische Bedeutung.

Aber die hohe Bedeutung, die ein scharfer Betrugsbegriff für eine geordnete Strafrechtspflege besitzt, blieb dem späteren gemeinen Recht nicht verborgen, und so arbeitete man denn seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts mit grosser Sorgfalt und vielem Scharfsinn an dessen weiteren Ausbildung. Das Suchen und Tasten jener Zeit erstreckte sich zunächst auf die Feststellung des begrifflichen Unterschiedes zwischen Fälschung (crimen falsi) und Betrug (stellionatus)[1]) und verfiel dabei in den Fehler, ein unbestimmbares Recht auf Wahrheit aufzustellen, während doch höchstens ausnahmsweise von einer Pflicht zur Wahrhaftigkeit die Rede sein konnte. Ohne fest bestimmte Umrisse zu ziehen, war man geneigt, jede Wahrheitsentstellung, die man rechtswidrig fand, als Fälschung aufzufassen, während man den Betrug über den Rahmen eines Vermögensdeliktes erweiterte, und ihn so bald auf das Gebiet der Fälschung und umgekehrt die Fälschung auf das Gebiet des Betrugs hinüberzerrte.

Doch blieb all' dieses Streben nicht ohne Erfolg. Allmählich klärte sich aus den Läuterungsversuchen die heutige Theorie ab. Unter Ausscheidung des Begriffs der Fälschung führte man den Betrug wieder auf sein natürliches Gebiet zurück, indem man in ihm lediglich ein Vermögensdelikt erblickte und alle übrigen von der früheren Doktrin unter denselben subsumierten Fälle strafbarer Arglist, wie betrügerische Gefährdung der öffentlichen Ordnung, des Lebens, der Gesundheit, zu Spezialdelikten erhob.

---

[1]) Vergl. Kleinschrod im alten Archiv des Kriminalrechts Bd. II, S. 113 und Cucumus „Von dem Unterschied zwischen Fälschung und Betrug“ im neuen Archiv des Kriminalrechts Bd. X, Abh. XX, v. Jagemann im neuen Archiv des Kriminalrechts 1846, S. 206 ff. „Über Fälschung und Betrug“.

Diese Errungenschaften wurden zunächst von den Partikulargesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten praktisch verwertet und gelangten dort zu greifbarer Gestaltung. In ihnen fand sich ein reiches geistiges Material zusammen, das seiner endgiltigen Redaktion harrte. Diese erfolgte in dem Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes, bezw. in dem Reichsstrafgesetzbuch. Der vorher selbst in dem partikularen Recht noch schwankende Betrugsbegriff fand hier in dem § 263 seine definitive Regelung und gelangte so, indem er für die gesamte deutsche Gerichtspraxis zu einem einheitlichen Delikt wurde, zu einem bedeutsamen Abschluss.

Aber nicht alle aus dem gemeinen Recht überkommenen Schwierigkeiten sind dadurch gehoben worden. Für Theorie und Rechtsprechung blieb immer noch ein ansehnliches Feld zur weiteren Ausgestaltungsarbeit übrig. Schon die komplizierte Fassung des § cit. musste zu vielen Kontroversen Anlass geben, die denn auch in reichlichem Masse entstanden sind. Manches ist seitdem gethan, Vieles noch zu thun. So bedarf, um von Anderem abzusehen, das Begriffsmoment der Täuschung, oder, wie es der § cit. ausdrückt, „die durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Thatsachen herbeigeführte Irrtumserregung oder -unterhaltung mannigfacher Interpretation, damit einerseits durch eine allzustrenge Anwendung die freie Entwicklung des Verkehrs- und Geschäftslebens nicht ungerechtfertigter Weise gehemmt, andrerseits aber auch eine Reihe offenbarer Betrugsfälle nicht der verdienten Strafe entzogen werde.

Besondere Bedeutung hat speziell eine solche Feststellung des Thatbestandsmerkmals der Täuschung für den Civilprozess, wo die Grenzen der strafrechtlich irrelevanten Wahrheitsentstellung und die der strafrechtlich erheblichen sehr flüssig sind und vielfach in einander hinüberspielen. Die hiermit gegebene Spezialfrage, wie im Civilprozess, wo naturgemäss jede Partei auf Kosten der Gegenpartei ihren Vorteil sucht, ein Betrug begangen werden kann, ist aber seither von der Wissenschaft noch nicht genügend geklärt und gerade in letzter Zeit wieder nach durchaus verschiedenen Auffassungen behandelt worden. Trotzdem aber erscheint sie für den erkennenden Richter von hoher praktischer Bedeutung.

Dieser letztere Umstand gab dem Verfasser Veranlassung zu den nachfolgenden Ausführungen.

§ 1.

Als Einführung in die von uns zu behandelnde Spezialfrage diene zunächst eine Orientierung über den Stand derselben im gemeinen Recht. Es ist leicht erklärlich, dass zu einer Zeit, zu der man sich über Begriff und Wesen des Betrugs überhaupt nicht klar war, auch die Meinungen geteilt waren über das betrügerische Verhalten im Civilprozess. So finden wir zu Anfang dieses Jahrhunderts zwei direkt entgegengesetzte Richtungen vor, von denen die eine schlechthin kriminalistische Strafbarkeit des lügnerischen, bezw. trügerischen Verhaltens im Civilprozess vertritt, während die andere Straflosigkeit behauptet.

Im Sinne der ersteren Richtung spricht sich Klien[1]) etwa folgendermassen aus: „Wer im Civilprozess ihm wohlbekannte Thatsachen, aus welchen Rechte des Anderen folgen, böslicherweise ableugnet, bezweckt Betrug. Die römischen Gesetze suchen demselben zunächst durch die Strafe des Doppelten, den Verlust des Besitzes und andere Massregeln zu begegnen. Aber daraus folgt sowenig, als bei Diebstahl und Raub, die ebenfalls mit der poena dupli oder quadrupli verfolgt werden konnten, dass dergleichen betrügerische Handlungen ausser dem Kriminalrecht lägen, zumal da jene Privatstrafen meistens ausser Gebrauch gekommen sind.“ Dass die gegenteilige Ansicht, die Straflosigkeit der Prozesslügen vertritt, in der Praxis meist befolgt werde, hält Klien mehr für zufällig, als im Wesen der Sache begründet. Seine Ansicht, die ausser Leyser[2]) und W. H. Puchta[3]) in der gemeinrechtlichen

---

[1]) Klien im Neuen Archiv des Kriminalrechts 1817, S. 149 ff.

[2]) Vergl. Leyser: Meditat. ad pand. spec. 615 med. 23: „Ego vero legem civilem et prohibere hos dolos et poena falsi coercere puto. Patet ex L 14 § 1 C. de judiciis, ubi advocati utriusque partis jurare jubentur „quod omni quidem virtute sua omnique ope, quod verum ac justum existimaveriut, clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est . . . . . Accedit porro argumentum ex L 2 § 2 de condict. ob turpem vel injustam causam L 3 C ad L Jul. reptnd et L 1 § 2 de L Cornelia de falsis petitum. Cum enim illae judicium corrumpere etiam in bona causa vetent, idque sub jactura juris sui et poena legis Corneliae prohibeant, non video, cur mitius piuniendus sit, qui fraudibus et mendaciis utitur.“

[3]) Wolfgang Heinrich Puchta: „Beiträge zu Gesetzgebung und Praxis“ verteidigt in Bd. I, S. 282—289 den in der Preuss. Allgem. Gerichtsordnung gewährten Grundsatz der Untersuchungsmaxime, demzufolge von den Parteien unbedingte Wahrhaftigkeit gegenüber dem Richter verlangt wird, und spricht sich konsequenterweise auch für Strafbarkeit aller Prozesslügen aus.

Doktrin keinerlei Anhänger hat, entbehren sehr der inneren Begründung, indem sie sich darauf beschränken, die gegnerische Ansicht anzugreifen, anstatt die eigene zu begründen.

Unter den folgenden Kriminalisten tritt ihnen besonders Escher [1]) entgegen. Derselbe argumentiert in folgender Weise: „Wenn es ein richtiger Grundsatz ist, wie wir als entschieden annehmen, dass die Strafgewalt des Staates nur da einschreiten darf, wo civilrechtlicher Zwang nicht ausreicht, die Rechte zu schützen, oder mit anderen Worten, wenn die Rechtmässigkeit jeder gesetzlichen Strafdrohung in ihrer Notwendigkeit gefunden werden muss, so ist es evident, dass das Lügen im Civilprozess nicht strafbar sein kann, weil die blosse Behauptung einer Partei nicht entscheidend ist, weil durch dieselbe Rechte weder entstehen, noch vernichtet werden, weil angenommen werden muss, es liege in der Macht jedes Litiganten, durch Benützung der zulässigen Beweis- und Rechtsmittel die Wahrheit zur Kenntnis des Richters zu bringen, und dieser werde nach den vorgebrachten Beweisen und nicht nach den einseitigen Parteibehauptungen entscheiden . . . . . Wenn die wichtigsten Gründe dafür walten, in Civilstreitigkeiten das Untersuchungsverfahren auszuschliessen, so folgt hieraus von selbst, dass ein Civilstreit nicht unter dem Vorwand einer Lüge in ein Untersuchungsverfahren (Kriminalprozess) umgewandelt werden dürfe . . . . Zum Begriff des Betrugs wird eine Täuschung, die Erzeugung eines gewissen Scheines erfordert, die blosse Behauptung aber enthält diese Täuschung noch gar nicht."

Die vorerwähnte Schrift Eschers, die in der Entwicklungsgeschichte des Betrugs von grosser Bedeutung ist, hat in den eben wiedergegebenen Ausführungen auch für die Beurteilung des Betrugs im Civilprozess schon die richtigen Wege gezeigt; die Ansichten der meisten nachfolgenden Schriftsteller sind von ihm abhängig.

Geib [2]) greift die von den Gegnern Klien, Leyser und Puchta angezogenen Beweise aus dem römischen Recht, insbesondere diejenigen der poenae infitiationis wieder auf und ist der Ansicht, dass dieselben

---

[1]) Escher: Die „Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung" 1840, S. 208 ff. Vergleiche auch Feuerbach: Lehrbuch § 412, bezw. Mittermaiers Anmerkungen dazu Note 3.

[2]) Dr. G. Geib: „Über die Grenzen zwischen civilrechtlichem und kriminellem Betrug" im Archiv des Kriminalrechts N. F. 1840, S. 201, 202.

die eigene Ansicht eher bestätigen, als widerlegen, da diese poenae auch bei den Römern nur privatrechtliche Nachteile, nicht aber eigentliche Strafen bedeutet hätten. Günther[1]) hält es, trotzdem er eine allgemeine Pflicht zur Wahrhaftigkeit der Obrigkeit gegenüber anerkennt, nicht für strafbaren Betrug, wenn jemand im Civilprozess, sei es dem Richter, sei es dem Prozessgegner gegenüber, unwahre Behauptungen aufstellt. Nur wenn die Unwahrheiten eidlich bestärkt sind, will er Bestrafung wegen Betrugs eintreten lassen, denn erst durch den Eid bestimme der Betrüger die Vorstellung des Richters über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache.[2])

In dem letzten Argument Günthers kündigt sich schon der von Köstlin entwickelte Grundsatz der Kausalität zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung an, demzufolge nur dann eine strafrechtliche Behandlung des unwahren Verhaltens im Civilprozess stattfinden dürfe, wenn dieses unwahre Verhalten einen Bestimmungsgrund für den Prozessgegner, oder für den Richter abgegeben habe. Er führt aus[3]), dass der Irrtum, welchen der Thäter erzeugt, oder benützt habe, den Irrenden bestimmt haben müsse, etwas zu seinem Nachteil zu thun, oder zu unterlassen. Das Moment des Kausalzusammenhangs habe aber hier nur den Sinn, dass die Kausalität des vom Thäter erzeugten, oder missbrauchten Irrtums nicht durch eine andere, von dem Irrtum unabhängige Ursache ausgeschlossen sein dürfe. Nicht als Betrug sei daher das wahrheitswidrige Behaupten, Ableugnen, oder Verheimlichen von Thatsachen im Civilprozess anzusehen, denn alles derartige Vorbringen sei nach der Natur des Prozesses für die wirkliche Entscheidung nicht determinierend, sondern nur dazu bestimmt, die wirklichen Motive derselben, den Beweis, anzuregen. Liesse sich der Gegner täuschen, so würde er nicht von dem Andern getäuscht, sondern täusche sich gleichsam selber, indem er auf den Beweis ver-

---

[1]) Günther in Weiskes Rechtslexikon Bd. II, S. 87.

[2]) Ähnlich von Jagemann im Archiv des Kriminalrechts N. F. 1846, S. 119 ff., der bei der Besprechung eines Beispiels aus der Gerichtspraxis zu dem Resultat gelangt, dass es nur moralisch verantwortlich machen könne, wenn jemand auf „fingierte Rechtsansprüche“ klage, weil dadurch, solange es bei einfacher Behauptung bleibe, weder der Richter, noch der Prozessgegner getäuscht werden könne.

[3]) Köstlin: Abhandlungen aus dem Strafrecht 1858, S. 149—150. Vgl. auch Köstlins Abhandlung „Über die Grenzen zwischen strafbarem und bloss civilrechtlich zu verfolgendem Betrug“ in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess 1857.

zichte. . . . . Was den Richter anlange, so dürfe dieser nicht einmal unbewiesenen Behauptungen glauben, könne also durch solche auch nicht getäuscht werden." Köstlin zieht die Konsequenz aus seiner Behauptung so weit, dass er auch dann keinen Betrug annimmt, wenn es nicht beim einfachen Behaupten, bezw. Ableugnen geblieben, sondern zur Produktion falscher Beweise, oder zur Unterdrückung echter Beweise gekommen ist[1]). Ganz an Köstlin lehnt sich die Ansicht und Begründung Ortloffs[2]) an, ohne dass dieser jedoch soweit geht, den Betrug auch dann zu verneinen, wenn die Prozesspartei ihre Behauptungen durch falsche Beweismittel unterstützt hat.

Eine etwas ausführlichere Abhandlung finden wir in dem Aufsatz v. Schwarzes „Über die Strafbarkeit unwahrer Behauptungen der Parteien im Civilprozess" [3]). Auch er erklärt sich für Straflosigkeit des unwahren Vorbringens, sowie des wahrheitswidrigen Ableugnens von Thatsachen im Civilprozess, sofern dasselbe nach den allgemeinen Grundsätzen und dem Formengang des Prozesses nicht geeignet sei, eine Täuschung des Richters, oder des Prozessgegners hervorzurufen. Unter welchen Umständen eine solche Täuschung angenommen werden müsse, insbesondere, wie durch Beibringen von Beweismitteln der Prozessgegner, oder der Richter getäuscht werden könne, zeigt Schwarze in scharfsinniger Weise an der Hand von praktischen Fällen. Ein näheres Eingehen auf dieselben würde hier zu weit führen, weshalb wir glauben, davon absehen zu dürfen.

Mit den letzteren Ansichten stimmt im Grundgedanken auch Merkel[4]) überein, der im Anschluss an die Köstlin'sche Kausalitätstheorie lügenhafte Angaben im Civilprozess meist nicht unter dem Gesichtspunkt strafbaren Betrugs behandelt wissen will, insofern nämlich solche Lügen weder für den Richter noch für den Prozessgegner Bestimmungsgründe abzugeben pflegten. „Siege der Lügner, so sei sein Sieg unabhängig von einem Einfluss seiner wahrheitswidrigen Angaben auf die Vorstellungen des Richters und der Gegenpartei. . . . . Die lügnerische Verneinung einer Forderung habe hier nur die Be-

---

[1]) Er will in diesem Fall den Thäter wegen Fälschung bestraft wissen, allerdings im Widerspruch mit der damals herrschenden Praxis, die allgemein Betrug annahm. Vergl. Neue sächs. Jahrbücher Bd. IV, S. 215, Bd. VII, S. 261 ff.

[2]) Ortloff: „Lüge, Fälschung und Betrug" S. 248, 249.

[3]) Gerichtssaal 1866, S. 105 ff.

[4]) Kriminalistische Abhandlungen Bd. II, S. 185—187.

deutung einer Weigerung, den Anderen der Notwendigkeit einer für ihn misslichen Beweisführung zu entheben, also die gleiche Bedeutung, wie das einfache Schweigen und Nichtsthun. Von einer durch Erzeugung oder Unterhaltung eines Irrtums herbeigeführten Willensbestimmung sei daher hier meist nichts zu finden und folglich der Begriff des Betrugs nicht anwendbar.“ Doch hält Merkel nicht unbedingt an diesem Grundsatz fest, „da Prozesslügen auch anomaler Weise einen Bestimmungsgrund für die Gegenpartei, sie benachteiligende Beschlüsse zu fassen, abgeben könnten“, z. B. dann, wenn der Gläubiger durch die wahrheitswidrige mit Geschick und Hartnäckigkeit vorgebrachten Gegenbehauptungen irregeführt wird und seine Klage fallen lässt. Auch hier will jedoch Merkel im allgemeinen eine kriminalistische Behandlung nicht eintreten lassen; den besonderen Grund hierfür findet er in dem Rechtssatz vigilantibus jura sunt scripta, der den Parteien ein gewisses Mass von diligentia in der Vertretung ihrer Interessen zur Pflicht mache und ein Eingreifen der staatlichen Strafgewalt daher nicht gerechtfertigt erscheinen lasse, wo die Schädigung durch einen solchen Mangel an diligentia verursacht sei [1]).

In Merkels kriminalistischen Abhandlungen gelangte die gemeinrechtliche Entwicklung des Betrugsbegriffes, sowohl im allgemeinen, als auch in der hier näher zu behandelnden Spezialrichtung zum Abschluss. Wenn wir einen Blick rückwärts werfen, so sehen wir, dass sich — von Klien, Leyser und Puchta abgesehen — alle übrigen Kriminalisten für Straflosigkeit der wahrheitswidrigen Behauptungen im Civilprozess ausgesprochen haben.

Dem entspricht auch die Stellung des partikularen Rechtes jener Zeit. Das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 sagt in seinen Anmerkungen zu Art. 256 und 257, „dass ausgeschlossen sein soll, dass das Lügen im Civilprozess als strafbarer Betrug in Untersuchung gezogen werden könne. Aus § 176 ff. des Österreich. Strafgesetzbuches ergiebt sich deutlich die Straflosigkeit solcher Prozesslügen; nach § 178 macht sich ein Litigant nur dann strafbar, wenn er sich um falsche Zeugnisse bewirbt, oder in eigener Sache einen falschen Eid anbietet, oder wirklich abschwört.“ Ebenso entschied sich auch die Rechtsprechung in den Ländern, in denen die Strafgesetzbücher eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthielten, wie in Sachsen,

---

[1]) Vergl. Merkel a. a. O. S. 269 ff.

Thüringen, Würtemberg, Hessen, Baden, Hannover und Preussen für Straflosigkeit des täuschenden Verhaltens im Civilprozess[1]). Ein näheres Eingehen auf Einzelfälle dieser Rechtsprechung dürfte wenig lohnend erscheinen und dem heute geltenden Recht ferneliegen, weshalb wir glauben, davon absehen zu dürfen, zumal wir uns später eine eingehende Besprechung der Judikatur des Reichsgerichts vorbehalten.

Wenden wir uns nunmehr den Auffassungen zu, die unsere Frage im Reichsrecht erfahren hat, so müssen wir zunächst die merkwürdige Thatsache konstatieren, dass sich die Ansichten, die sich im gemeinen Recht geeinigt und einigermassen abgeklärt zu haben schienen, hier wieder in drei Richtungen teilen.

Die eine derselben, auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts stehend, will nur dann die im Prozess vorgebrachten Unwahrheiten als Betrug bestraft wissen, wenn diese Unwahrheiten geeignet seien, den Richter oder Prozessgegner zu täuschen, was meistens dann der Fall sei, wenn Beweismittel zu deren Bekräftigung produziert würden, während die andere von Kohler[2]) eingeschlagene Richtung die Strafbarkeit eines durch Täuschung des Richters begangenen Betrugs unter allen Umständen verneint. Zu ihm steht Rommel[3]) in direktem Gegensatz, der schlechthin für Strafbarkeit eintritt. Mit Rommel stimmen überein Meyer und Gryziecki[4]). Auch Binding[5]) folgt diesen letzteren.

Die erstere Richtung, die Merkel, wie oben mitgeteilt, in seinen kriminalistischen Abhandlungen vertreten hat, finden wir wieder in seiner Abhandlung über den Betrug in Holtzendorffs Handbuch[6]) und in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Ihr treten ferner ohne wesentlich neue Gesichtspunkte aufzudecken, auch Berner[7]),

---

[1]) Vergl. hierüber Neue sächs. Jahrbücher Bd. II, S. 1 ff., Bd. VIII, S. 472; Heuser: Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Kassel Bd. II S. 186, Bd. III S. 718; Goldtammers Archiv Bd. I, S. 232 ff., S. 490, Bd. II, S. 792, Bd. III, S. 610.

[2]) Kohler: Treu und Glauben im Verkehr, Berlin 1893, S. 50 ff.

[3]) Rommel: Der Betrug, 1894, S. 55 ff.

[4]) Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., S. 583, und Gryziecki: Betrug, Lemberg 1870, S. 77 ff.

[5]) Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1896, S. 186.

[6]) Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. III, S. 756, und Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 328.

[7]) Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 13. Aufl., S. 557.

von Liszt[1]) und Hälschner[2]) bei, sodass sie als die herrschende gelten kann. Auch das Reichsgericht steht auf ihrem Boden.

Was zunächst Kohler anbetrifft, so hält auch er einen Betrug durch Täuschung des Gegners für möglich, insoweit nämlich „aus Anlass des Prozesses zwischen den Parteien Verträge abgeschlossen, eine Klage zurückgenommen, ein Anspruch zugestanden wird", von der Möglichkeit eines durch Täuschung des Prozessrichters bethätigten Betrugs abstrahiert er jedoch völlig[3]). Denn der Richter stehe den Parteien ganz anders gegenüber, als der eine Verkehrstreibende dem andern, er habe ganz andere Erkundigungs-, Konstatierungs-, Eruierungsmittel, er entscheide auf Grund des Gesamteindrucks. . . . . . Man könne selten sagen, dass gerade ein bestimmtes Prozessmittel das durchschlagende und massgebende gewesen sei. . . . Die Entscheidung beruhe auf Intellektualfunktionen und diese seien unkontrollierbar, während bei Verkehrsgeschäften Intellekt- und Willenserregung in innigster Verbindung ständen. Die freie Beweiswürdigung lasse ein mathematisches Zurückführen auf einzelne Behauptungen und Beweismittel nicht mehr zu."

Rommel verteidigt seine Ansicht hauptsächlich aus rechtspolitischen Gründen: „Wenn in allen denjenigen Fällen ausserhalb des Civilprozesses, in denen bei pflichtmässiger Aufmerksamkeit eine Täuschung zu vermeiden gewesen wäre, ein Betrug angenommen würde, so müsse dies auch geschehen, wenn eine Täuschung des Richters im Civilprozess in Frage stehe, denn es erscheine nicht gerechtfertigt, eine Unterscheidung in sonst gleichartige Fälle hineinzutragen, welche gewinnsüchtige Übervorteilung begünstige. Ebenso verhalte es sich mit einem Betrug, der durch Täuschung des Prozessgegners begangen würde. Denn wenn jemand sonst durch die Behauptung eines Rechtsanspruchs, oder einer Rechtsnorm getäuscht werden könne, so sei nicht abzusehen, warum dies auch dann nicht geschehen könne, wenn der Betrüger die Hilfe des Gerichts als Mittel zum Zweck benütze. Gerade die Verfolgung des Anspruchs im Klagewege, also das dreistere Vorgehen, sei besonders geeignet, einen bei der Gegen-

---

[1]) von Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 4. Aufl., S. 488.

[2]) Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, 1884, Bd. II, I. Abth., S. 267.

[3]) Kohler a. a. O. will bloss Prozesschikane und unredliche Prozessführung in solcher Handlungsweise erblicken, die er auch in einigen ihrer Ausläufe zu bestrafen für gerechtfertigt hält.

partei vielleicht schon vorhandenen Irrtum zu bestärken und sie so zu vermögensnachteiligen Verfügungen zu bestimmen.“ In Konsequenz dieser Auffassung sieht Rommel sogar in den nicht zu einer Täuschung führenden bewusst wahrheitswidrigen Prozessbehauptungen, welche eine Vermögensbeschädigung zu eigenem, oder fremdem Vorteil bezwecken, einen Betrugsversuch.

Diese Ansicht hat manches für sich, insofern sie Einheitlichkeit in der Behandlung von verschiedenartigen Betrugsfällen anstrebt und zur Förderung einer durchgreifenden Strafrechtspflege beizutragen scheint. Sie kann jedoch ebensowenig, wie die auf dem anderen Extrem sich bewegende Kohler'sche anerkannt werden.

Beide Richtungen werden weder den thatsächlichen Verhältnissen gerecht, noch entsprechen sie einem praktischen Bedürfnisse. Die folgenden Auseinandersetzungen mögen dies bestätigen.

§ 2.

Wenn Kohler a. a. O. sagt, dass dem Richter viel mehr und viel wirksamere Mittel zur Erforschung der objektiven Wahrheit zu Gebote stehen, als dem einen Privatmann gegenüber dem andern, so gestehen wir ihm diese Behauptung insoweit gerne zu, als der Richter für die aufgestellten Behauptungen auch Beweise verlangt und durch diese Beweise ein wirksames Mittel erhält, Betrügereien zu vermeiden, denen im täglichen Leben vielleicht der schlauste und überlegteste Mensch ausgesetzt sein würde.

Es erscheint uns jedoch recht bedenklich, aus diesem Gesichtspunkt die Annahme zu rechtfertigen, dass ein Betrug durch Täuschung des Prozessrichters absolut ausgeschlossen sei. Gälte ein Civilprozess die Eventualmaxime, die dem Richter das Recht der freien Wahrheitserforschung gewährt, so würden wir die Kohler'sche Behauptung eher anerkennen. Mit der im Civilprozess massgebenden Verhandlungsmaxime ist dieselbe aber nicht gut vereinbar. Denn die Verhandlungsmaxime zwingt den Richter, nur solche Behauptungen zu beachten, die die Parteien zum Gegenstand der Verhandlung machen und nur solche Beweise zu erheben, auf die sie sich beziehen. Die Erforschung der objektiven Wahrheit ist dementsprechend an die Anträge der Parteien gebunden, nicht aber in das Gutdünken des Richters gestellt.

Der Richter ist also — trotz seines Rechtes, Beweise zu verlangen — in der freien Wahrheitserforschung wesentlich beschränkt.

Wenn ferner Kohler sagt, die freie Beweiswürdigung lasse ein mathematisches Zurückführen auf einzelne Behauptungen und Beweismittel nicht mehr zu, da sich die Entscheidung auf Grund unkontrollierbarer Intellektualfunktionen bilde, so muss auch hiergegen bemerkt werden, dass eine mathematisch genaue Beziehung zwischen einer bestimmten Behauptung, bezw. einem bestimmten Beweismittel einerseits und dem verursachten Irrtum andrerseits gar nicht nötig ist. Es ist, wie sich die Motive zum Strafgesetzbuch ganz bestimmt aussprechen, genügend, dass das Verhalten des Anderen für den Irrenden mit ein Bestimmungsgrund war, die vermögensschädigende Handlung vorzunehmen. Hält man aber hieran fest, so muss es auch gleichgiltig erscheinen, ob neben dem täuschenden Verhalten noch andere Momente (die möglicherweise auf Intellektualfunktionen beruhen können) mitgewirkt haben, sofern man nur feststellen kann, dass das bewusst wahrheitswidrige Verhalten des Betrügers für den Richter mitbestimmend war.

Überhaupt scheint uns in der freien Beweiswürdigung kein stichhaltiger Grund für die gegenteilige Ansicht zu liegen. Denn wenn auch dieser Grundsatz den Richter von bestimmten gesetzlichen Regeln über Zulässigkeit und Wert der einzelnen Beweismittel befreit, so hat derselbe doch nicht die Bedeutung, dass der Richter nach freier Willkür entscheiden und etwa einer unbewiesenen Behauptung, die ihm glaubwürdig erscheint, eher Glauben beimessen darf, als einer mit Beweisen unterstützten, aber weniger glaubhaft erscheinenden. Der Richter wird nach wie vor nach den geführten Beweisen entscheiden und unbewiesene Behauptungen erst in zweiter Linie in den Bereich seiner der Urteilsbildung voraufgehenden Überlegung ziehen [1]).

Sofern also die für die Entscheidung erheblichen Thatsachen bewiesen worden sind, wird man auch sagen können, dass lediglich diese bewiesenen Thatsachen für die richterliche Überzeugung be-

[1]) Vergl. hierzu Motive S. 208 und Planck in der Kritischen Viertesjahresschrift Bd. IV, S. 250, 251, sowie Lothar Seuffert: „Über richterliches Ermessen", akademische Festrede der Universität Giessen, S. 11. Die Beweisregeln des früheren Prozesses haben hiernach, wenn sie auch die Kraft gesetzlich bindender Vorschriften verloren haben, immerhin den Wert „goldener Grundsätze", in denen ein bedeutender Schatz durch Jahrhunderte hindurch gesammelter Erfahrung enthalten ist.

stimmend, oder wenigstens in erster Linie mitbestimmend waren und die Motive für die Entscheidung angeregt haben, nicht aber ein allgemeiner, auf unbewiesenen Behauptungen beruhender Gesamteindruck. Inwiefern allerdings ausnahmsweise auch unbewiesene Behauptungen in Gemässheit der freien Beweiswürdigung in besonderen Fällen für die richterliche Entscheidung determinierend sein können, ist später zu zeigen.

Gegen die von Rommel vertretene Ansicht, welche unterschiedslos für jede in betrügerischer Absicht vorgebrachte unwahre Prozessbehauptung eine kriminelle Behandlung als Betrug, bezw. als Betrugsversuch verlangt, ist Folgendes einzuwenden. Wer im Civilprozess eine unwahre Behauptung aufstellt, rechnet grundsätzlich nicht darauf, dass der Richter sie unbewiesen glaube. Er täuscht also nicht, will auch nicht täuschen, sondern nur etwa eine Täuschung vorbereiten. Sein Wille ist zunächst nicht auf die Erregung eines Irrtums gerichtet, sondern er will nur eine solche ermöglichen, die spätere Ausführung vielleicht erleichtern. Er hofft möglicherweise, wenn ihm der Verlauf des Prozesses günstig ist, und er später Beweise für die aufzustellenden Behauptungen finden wird, eine Täuschung realisieren zu können, vorläufig aber ist, da das Bewusstsein des Erfolges fehlt, nur ein flüchtiger Gedanke, aber noch kein mit der ganzen Energie des verbrecherischen Willens gefasster Entschluss vorhanden. Unwahre Parteibehauptungen sind darnach als strafrechtliche Vorbereitungshandlungen anzusehen und als solche prinzipiell straflos.

Ergiebt sich schon so aus einer rein strafrechtlichen Betrachtung die Unstichhaltigkeit der Rommel'schen Ansicht, so muss dieselbe umsomehr verworfen werden, als sie auch in prozessrechtlicher Hinsicht von ganz unrichtigen Voraussetzungen ausgeht. Denn wollte man mit Rommel alle Unwahrheiten im Civilprozess, der sich immer als Rechtskampf für den eigenen Vorteil und den gegnerischen Nachteil darstellt, als Betrug, bezw. als Betrugsversuch bestrafen, so käme man zu der bedenklichen Konsequenz, absolute Wahrhaftigkeit von den Parteien zu verlangen. Ein Zwang, im Civilrechtsstreit die Wahrheit zu sagen, wäre aber nur dann rechtlich begründet, wenn man ein subjektives Recht auf Wahrheit — wenigstens dem Richter gegenüber — als bestehend voraussetzen würde. Ein solches Recht auf Wahrheit ist aber mit den Grundsätzen unsrer auf der Verhandlungsmaxime aufgebauten Civilprozessordnung schlechthin unvereinbar, wie man sich

auch sonst längst klar darüber ist, dass die Konstruktion eines allgemeinen Rechtes auf Wahrheit unjuristisch und praktisch undurchführbar ist [1]).

Es würde auch, wie schon Mittermaier richtig gezeigt hat, eine übertriebene Zumutung sein, wenn man von den streitenden Parteien, gleichsam mit Verkennung des ganzen Verhältnisses eines Streites fordern wollte, dass sie selbst ihre Waffen aus der Hand legen sollten. Mittermaier nennt eine solche Wahrhaftigkeit eine geradezu heroische Tugend, „die man im gewöhnlichen Leben von niemand verlangen könne, und auf die gewiss auch keine Partei im Civilprozess rechne". Gerade deshalb aber, weil hierauf niemand rechnet, sondern im Gegenteil jeder auf Lügen gefasst ist und für gewöhnlich gefasst sein muss, kann auch von einer Bestrafung desselben, zumal von einer Bestrafung als Betrug nicht gut die Rede sein. Ausserdem könnte jeder Civilprozess unter dem Vorwand einer Lüge ein Strafverfahren nach sich ziehen, was zu zahllosen ungerechtfertigten Strafverfolgungen Anlass geben müsste und einer freien Entfaltung des Verkehrs- und Geschäftslebens durchaus hinderlich wäre.

Nach alle dem dürfte die Rommel'sche Ansicht, ebensowenig wie die Kohler'sche die richtige sein.

§ 3.

Auf Grund der soeben bei Prüfung der gegenteiligen Ansichten gewonnenen Gesichtspunkte scheint es uns richtig, unseren späteren Ausführungen folgenden allgemeinen Grundsatz [2]) vorauszuschicken:

---

[1]) Daher haben sich auch alle Versuche der Gesetzgebung, die in der Verkennung des wahren Wesens des Rechts, namentlich des Rechts in der Form der prozessualen Bethätigung, Wahrhaftigkeit und Aufrichtigkeit gefordert haben, nicht bewährt und mussten im Laufe der Zeit wieder verlassen werden. So z. B. die actiones, quae infitiando crescunt in duplum, die § 1 Instit. IV, 16 statuierte poena temere litigantium, sowie die poenae der indecentes et turpes abnegationes im Civilprozess. Desgleichen auch die spätere Entwicklung des Kalumnieneides und der in der Preussischen Allgemeinen Gerichtsordnung gewahrte Grundsatz der Untersuchungsmaxime, demzufolge von den Parteien unbedingte Wahrhaftigkeit gegenüber dem Richter gefordert wird.

[2]) Der übrigens nicht das Gesamtergebnis unserer Untersuchungen darstellen kann, da die besonderen prozessualen Verhältnisse, wie sich später zeigen wird, mancherlei Verschiedenheiten mit sich bringen.

Ein Betrug ist im Civilprozess möglich, sowohl im kontradiktorischen, als auch im nichtkontradiktorischen, sowohl durch Täuschung des Richters, als auch durch Täuschung des Prozessgegners; einfache Behauptungen genügen jedoch grundsätzlich nicht, es muss vielmehr ein weiteres Moment hinzukommen, das die Strafbarkeit begründet. Ein solches ist regelmässig in der Beibringung von Beweismitteln zu finden [1]). Diese brauchen keine falschen zu sein.

Zur richtigen Beurteilung dieses Satzes ist von wesentlicher Bedeutung die zuerst von Köstlin entwickelte, jetzt unbestritten anerkannte Kausalitätstheorie, nach welcher Täuschung und Vermögensbeschädigung in ursächlichem Zusammenhang zu einander stehen müssen, insofern der Irrtum, welchen der Thäter erzeugt hat, den Irrenden bestimmt haben muss, etwas zu seinem, oder fremdem Nachteil zu thun. Wenden wir dieses Prinzip auf den oben aufgestellten Satz an, so entsteht zunächst die Frage: Wann besteht Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung, bezw. wann ist durch das täuschende Verhalten ein Irrtum in dem Richter hervorgerufen worden und wann hat er gerade unter dem Einfluss dieses Irrtums eine das Vermögen der einen Partei schädigende Disposition getroffen?

Die natürliche Antwort ist, dass durch das Dazwischentreten des Richters eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs an und für sich nicht stattfindet, da das Gesetz Identität des Getäuschten und Geschädigten nicht erfordert [2]); dass eine Unterbrechung aber dann eintritt, wenn das unwahre Parteivorbringen für den Richter in keiner Weise massgebend gewesen ist, wenn er seine, den Prozessgegner schädigende Entscheidung nicht auf das unwahre Behaupten gegründet hat, d. h. dann, wenn das unwahre Verhalten kein Bestimmungsgrund für ihn gewesen ist, oder wenigstens nicht geeignet war, ein solcher zu sein.

---

[1]) Anders von Liszt a. a. O., der nur bei falschen Beweismitteln Betrug annimmt.

[2]) Wer getäuscht sein müsse, sagt das Gesetz nicht; es folgt daraus, dass der Getäuschte ein Anderer sein kann. als der Geschädigte, sofern nur durch diese Verschiedenheit der Personen nicht der notwendige Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Schädigung unterbrochen wird.

Um klarzustellen, inwieweit dies im Civilprozess geschieht, betrachte man folgendes. Der Richter gründet im Civilprozess sein Urteil nicht auf nackte Behauptungen, sondern auf Beweise; er schenkt nicht dem Vorbringen der Parteien Glauben, je nachdem es ihm glaubwürdig erscheint, oder nicht, sondern er verlangt Beweise. Bleiben diese aus, so ist das unbewiesene Behaupten irrelevant für seine Urteilsfindung, kann ihn also auch nicht veranlassen, im Sinn der unbewiesenen Behauptung zu entscheiden. Die Unwahres behauptende Partei ist sich auch grundsätzlich der Erfolglosigkeit ihres Vorgehens bewusst und sie begeht deshalb auch kein strafbares Delikt, sondern nimmt nur etwa, wie bereits gezeigt, eine Vorbereitungshandlung vor, die von einem Täuschungs-, bezw. Betrugsversuch weit entfernt ist.

Glaubt aber der Richter gleichwohl einer solchen unbewiesenen Behauptung, was unter den Wechselfällen eines komplizierten Prozesses leicht möglich sein kann, so erhält die rechtliche Auffassung eine etwas veränderte Gestaltung. Nunmehr fragt es sich, ob die die unwahre Behauptung aufstellende Partei das Bewusstsein der Kausalität zwischen Handlung und eingetretenem Erfolg hatte, ob sie von vornherein bestimmt darauf rechnete, mit ihrer Unwahrheit zum Ziele zu gelangen. Zu besserem Verständnis diene ein ähnliches Beispiel. A will den B berauben, oder räuberische Erpressung gegen ihn verüben. In dieser Absicht tritt er ihm im Wald entgegen. Sofort, wie B seiner ansichtig wird, wirft er ihm die Börse zu, ohne dass A bis jetzt, abgesehen von dem Erscheinen auf der Scene, irgend etwas unternommen hätte. Hier ist wider Erwarten des A eine blosse Vorbereitungshandlung schon kausal gewesen für den eingetretenen Erfolg. Aber wegen Mangels des Kausalitätsbewusstseins wird A nicht bestraft werden können. Rechnete jedoch A mit der übertriebenen Furchtsamkeit des B und hoffte er von vornherein darauf, lediglich durch Furchteinjagen zu seinem Ziele zu gelangen, so ist er strafbar [1]). Nach denselben Grundsätzen ist auch die Prozesspartei zu behandeln, deren blosse Unwahrheiten ausnahmsweise eine Täuschung des Richters bewirkt haben. Rechnet sie von vornherein darauf, dass der Richter ihrer Behauptung als solcher Glauben schenken werde, so ist sie strafbar, hatte sie dagegen nicht das Bewusstsein, dass es so kommen

---

[1]) Darin bestand bekanntlich beim Fall Thomas eine besondere Schwierigkeit.

werde, wie es gekommen ist, so kann ihr auch der wider ihr Erwarten eingetretene Erfolg nicht zum Verbrechen angerechnet werden [1]).

Anders, wenn das unwahre Parteivorbringen mit Beweisen bekräftigt wird. Jetzt ändert sich die Sachlage und die Möglichkeit eines Betruges ist prinzipiell gegeben. Die unwahre Behauptung kann sich jetzt Geltung und gesetzliche Kraft verschaffen und einen Bestimmungsgrund für die dem Urteil zugrundeliegende richterliche Überzeugung abgeben. Der Beweis verleiht den vorgebrachten Unwahrheiten den Schein der Wahrheit und der Richter, dessen Entscheidung sich auf die geführten Beweise gründet, ist unter diesen Voraussetzungen einer Täuschung und Hintergehung ebensogut ausgesetzt, wie der eine Privatmann gegenüber dem anderen ausserhalb des Civilprozesses.

Ähnliche Grundsätze greifen Platz bei der Beurteilung der Frage, inwiefern ein Betrug durch Täuschung des Prozessgegners begangen werden kann.

Es scheiden hier zunächst diejenigen Fälle aus, in denen die Möglichkeit eines Betrugs schon aus dem Grunde ausgeschlossen ist, weil eine Täuschung an sich unmöglich ist. Dies trifft dann zu, wenn der Prozessgegner von der Unwahrheit der behaupteten Thatsachen

---

[1]) Der Fall, dass der Richter ausnahmsweise auch unbewiesenen Behauptungen Glauben schenkt, kann eintreten, wenn er nach § 259 C.P.O. den Wert oder Unwert einer Behauptung nach freiem Ermessen abwägt. Die Motive bemerken hierzu: „Indem der Richter auch das Ergebnis der Sachverhandlung nach freier Überzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugnis gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesamten Sachverhandlung mittels Schlussfolgerung aus anderen unbestrittenen Thatsachen und dem gesamten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen. Demnach kann der Richter z. B., wenn zwei Behauptungen durch Beweis oder Geständnis feststehen, den für eine dritte Behauptung angebotenen Beweis ablehnen unter der Motivierung: Die beiden ersten Behauptungen lassen ohne weiteres einen Schluss auf die zum Beweis ausgesetzte zu, ich glaube derselben auch ohne Beweiserhebung. Das dem Richter eingeräumte Glaubenschenken ist also selbst hier kein willkürliches, sondern durch einen zwingenden logischen Schluss aus bewiesenen oder zugestandenen Behauptungen bedingt. Dies bedeutet für die rechtliche Beurteilung unserer Frage inbezug auf den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung, dass die Willensrichtung des Richters bei solchen unbewiesenen zufolge der freien Beweiswürdigung von dem Richter als wahr angenommenen Behauptungen immer dann einer irrigen Beeinflussung seitens der behauptenden Partei unterliegt, wenn die Behauptungen, auf die der Richter seine Schlüsse gebaut hat, unwahr waren und mit Beweismitteln bekräftigt oder zugestanden worden sind. Das letztere wird allerdings selten vorkommen.

aus eigenem Wissen Kenntnis besitzt. Er weiss alsdann, dass der geltend gemachte Anspruch unbegründet, dass das Ableugnen eine nichtssagende Ausflucht ist. Folgerichtig kann er auch nicht getäuscht werden, weil es begrifflich unmöglich erscheint, jemand über ihm bekannte Thatsachen in Irrtum zu versetzen. Als Beispiel diene folgender Fall: Kläger A klagt eine sofort liquid zu stellende Darlehnsschuld ein. Beklagter B bringt die unwahre Einrede vor, er habe bezahlt, oder die Forderung sei befristet, worüber er dem Gegner den Eid zuschiebt. Hier ist vorhanden von den Thatbestandsmerkmalen des Betrugs: 1. Die Absicht auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil, bestehend in der Hinausschiebung der bevorstehenden Zwangsvollstreckung, 2. Bethätigung dieser Absicht durch Vorschützen einer Unwahrheit; es fehlt aber das Moment der Täuschung, denn A weiss sehr wohl, dass die Einrede seines Gegners unwahr ist, er kann über den wahren Sachverhalt nicht getäuscht werden. Durch Leistung des zugeschobenen Eides weist er dieselbe zurück [1]).

Aber auch dann, wenn der Gegner keine Kenntnis von der Unwahrheit der behaupteten Thatsachen haben kann, z. B. wenn der Erbe aus einer angeblichen Erbschaftsschuld verklagt wird, oder wenn dem Cessionar gegenüber von dem debitor cessus die Einrede der an den Cedenten gemachten Zahlung gemacht wird, wird man, solange nicht Beweismittel beigebracht wurden, meist von einem Betrug nicht sprechen können. Denn der zu täuschende Prozessgegner muss sich bewusst sein, dass der Richter nur nach den geführten Beweisen entscheiden wird, dass er sich nicht durch unbewiesene Behauptungen irreführen lassen wird. Ebendeshalb aber verlangt er von dem anderen Beweise und bestreitet solange, bis der Beweis gelungen ist.

Gesteht er in solchen Fällen trotzdem die unbewiesene Behauptung zu, oder lässt er die Bestreitung fallen, so wird es — ausser dem auch hier ebenso, wie bei einer Täuschung des Richters notwendigen Kausalitätsbewusstsein des Thäters — sehr auf das Motiv ankommen, weshalb die Behauptung oder Bestreitung aufgegeben wurde. Man kann z. B. von einer Behauptung Abstand nehmen, weil man die Schwierigkeit des Beweises fürchtet, von einer Bestreitung, weil man den betreffenden Punkt für unerheblich hält. In diesen Fällen ist die geschädigte Partei

[1]) Über die Frage, ob hier Betrugsversuch vorliege, vergl. unten die Ausführungen in § 8.

nicht getäuscht worden, sie hat vielmehr freiwillig, ohne Beeinflussung, auf ein Recht verzichtet und die eingetretene Vermögensbeschädigung ist Folge dieses Verzichts, nicht aber Folge eines Betrugs. Erfolgte die Aufgabe der prozessualen Position dagegen deshalb, weil der Gegner es verstanden hat, den anderen durch geschickt vorgebrachte Unwahrheiten irrezuleiten, so ist der infolge des Verzichts eingetretene Vermögensnachteil durch die stattgehabte Täuschung bewirkt, was dazu führt, strafbaren Betrug anzunehmen. Hierbei dürfte aber ausserdem noch zu unterscheiden sein, wen der dolose Teil täuschen wollte, den Gegner oder den Richter; auch wird man feststellen müssen, ob er überhaupt voraussah, dass der Gegner zufolge der Täuschung gerade so disponieren werde, wie er wirklich disponiert hat. Denn nur dann kann man ein ununterbrochenes Wirken der Kausalreihe konstatieren, wenn alle diese Voraussetzungen zutreffen und der Thäter kann nur dann wegen eines vorsätzlichen Delikts zur Rechenschaft gezogen werden, wenn der Erfolg der verbrecherischen Handlung seinem verbrecherischen Vorsatz entspricht.

§ 4.

Die vorstehenden Erörterungen behandelten sämtlich das betrügerische Verhalten der Partei im kontradiktorischen Prozess. Das Gebiet des prozessualen Betrugs kann, abgesehen hiervon, aber auch dann betreten werden, wenn der Richter auf einseitigen Antrag hin und bei bloss vorläufiger und einseitiger Prüfung des Parteivorbringens eine Entscheidung zu treffen hat. Hierher gehören die Fälle des Mahn- und Versäumnisverfahrens, sowie die Verfügungen auf einseitigen Antrag zufolge Glaubhaftmachung.

Die Stellung sowohl des Richters, wie die der Prozesspartei ist in diesen Fällen wesentlich verschieden von der im kontradiktorischen Prozess. Es fehlt hier der Widerspruch der Gegenpartei, der im kontradiktorischen Prozess, weil er Beweise verlangt, eine Täuschung des Richters durch blosse Behauptungen grundsätzlich ausgeschlossen erscheinen lässt. Die einseitig auftretende Partei kann mit ganz anderen Mitteln und mit weit mehr Aussicht auf Erfolg vorgehen, da ihr gegenüber ein status controversiae nicht geltend gemacht wird und ihre Behauptungen, weil unangefochten, sich leicht den Schein der Wahrheit verleihen und Glauben verschaffen können.

Diese Überlegung müsste — wenn man bedenkt, dass im kontradiktorischen Prozess vornehmlich das audiatur et altera pars den Grund für eine weniger strenge Beurteilung der Prozessunwahrheiten abgiebt — für den nichtkontradiktorischen Prozess zu der Konsequenz führen, dass hier auch einfache nicht bewiesene Behauptungen geeignet seien, eine Täuschung des Richters zu bewirken; es käme sonach die Einschränkung, die oben für den kontradiktorischen Prozess gemacht wurde, für den nichtkontradiktorischen in Wegfall. Diese Schlussfolgerung kann jedoch nicht gezogen werden, da ihr die formellen Vorschriften des Prozessrechts entgegenstehen. Darnach ist im Mahn- und Versäumnisverfahren ein Betrug überhaupt nicht möglich, weil nach den prozessrechtlichen Vorschriften eine Täuschung nie kausal sein kann für die den Gegner schädigende Verfügung, und bei Verfügungen, die auf einseitigen Antrag hin zufolge einer voraufgegangenen Glaubhaftmachung erlassen werden, ist ein Betrug wieder nur unter den oben für den kontradiktorischen Prozess entwickelten Einschränkungen möglich, weil hier das Prozessrecht zur Glaubhaftmachung nicht blosse Behauptungen genügen lässt, sondern Beweise verlangt. Die folgenden Ausführungen mögen dies näher erklären.

Bei dem Mahn- und Versäumnisverfahren wird die benachteiligende Verfügung nicht zufolge einer Täuschung des Richters, sondern kraft gesetzlicher Notwendigkeit herbeigeführt, ohne dass überhaupt die Ansicht des Richters in Betracht käme. Die Vorstellung des Richters über Wahrheit oder Unwahrheit ist hier nicht entscheidend, er prüft nur, ob das thatsächliche Vorbringen den Klagantrag rechtfertigt, nicht auch, ob es wahr ist. Die Vermögensbeschädigung tritt daher lediglich deswegen ein, weil der Beklagte unterlassen hat, sich zu verteidigen, was nach den prozessualen Vorschriften zur Folge haben musste, dass das Vorbringen des Klägers als zugestanden zu betrachten und dem Klagantrag gemäss zu entscheiden war. Hier ist also der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Schädigung unbedingt zu verneinen, weil entweder der Richter überhaupt nicht getäuscht worden ist, oder selbst, wenn er getäuscht worden wäre, so hätte entscheiden **müssen**, wie er entschieden hat.

Erlässt der Richter dagegen eine Entscheidung auf einen einseitigen Antrag hin, der glaubhaft zu machen ist, so stellt er zwar ebenfalls keine genaue Sachuntersuchung der Gründe für **und** wider an, wie bei der eigentlichen Beweisführung, sondern prüft nur die

Gründe für und lässt im Vertrauen auf die vorhandenen Gründe **für** die möglichen Gründe **wider** ausser acht; er misst den einseitig vorgebrachten Behauptungen Glauben bei, weil sie ihm — das Vorhandensein von Gegengründen ausser acht gelassen — zur Annahme der Wahrheit berechtigen.

Doch ist sein Glaubenbeimessen auch hier nicht in seine freie Willkür gestellt und daher nicht durch blosse Behauptungen zu beeinflussen; aus § 266 C.P.O. geht vielmehr unzweideutig hervor, dass die glaubhaft machende Partei ihrer Behauptung Beweise beizufügen hat. Unter Umständen kann auch die eidliche Versicherung der Wahrheit zur Glaubhaftmachung genügend sein, eine einfache, nicht eidliche Versicherung der Wahrheit darf jedoch vom Richter nie als ausreichende Glaubhaftmachung angesehen werden. Er entscheidet also hier, ebenso wie im kontradiktorischen Prozess, nicht nach Behauptungen, sondern nach den — wenn auch nur einseitig — beigebrachten Beweisen, was dazu führt, dass er auch grundsätzlich nur durch Behauptungen, die mit Beweisen bekräftigt werden, getäuscht werden kann. Das eröffnet für die Glaubhaftmachung aber dieselben Gesichtspunkte, wie sie oben für den kontradiktorischen Prozess aufgestellt wurden.

Eine Täuschung des Prozessgegners ist im nichtkontradiktorischen Prozess als solchem ausgeschlossen, weil ein Gegner überhaupt nicht aktiv auftritt. Dagegen kann sehr wohl eine Täuschung dadurch erfolgen, dass ihm demnächst der Zahlungsbefehl, Arrestbefehl, oder das Versäumnisurteil zugestellt und er dadurch veranlasst wird, von einem Widerspruch, bezw. Einspruch Abstand zu nehmen. Das dreiste Vorgehen des Klägers bestimmt ihn, sein an und für sich vielleicht nicht sicheres Recht aufzugeben. Auch hier wird man, ähnlich wie bei einem durch blosse Behauptungen bewirkten Betrug im kontradiktorischen Prozess nach dem Motiv der Unterlassung forschen müssen. Man wird festzustellen haben, ob der Geschädigte keinen Einspruch erhob, weil er denselben z. B. mangels genügender Beweise für zwecklos hielt, weil er ein abgesagter Feind alles Prozessierens ist, oder ob er sich von dem dreisten Vorgehen des Gegners in die Enge treiben liess und ihm Glauben schenkte. Im ersteren Fall fehlt das Moment der Kausalität zwischen Täuschung und Schädigung und es ist daher die Frage, ob Betrug vorliege, zu verneinen, im letzteren ist es vorhanden und die Frage zu bejahen. Ausserdem wird aber auch hier vorausgesetzt, dass bei dem Betrüger das Bewusstsein der Kausalität vorhanden ist.

Dieselben Grundsätze, welche für das Mahn- und Versäumnisverfahren massgebend waren, gelten auch für einen simulierten Rechtsstreit, in welchem die zum Schein prozessierenden Parteien sich durch ihr Einverständnis ein materiell unrichtiges Urteil erschleichen wollen, um mit demselben einen ausserhalb des Prozesses stehenden Dritten zu schädigen. Es mag vom Standpunkte einer energischen Strafrechtspflege bedenklich erscheinen, ein derartig raffiniertes Vorgehen, das den Richter zum Mittel für die Erreichung eines verbrecherischen Zweckes herabwürdigt, für straflos zu erklären; trotzdem aber lässt sich eine Verurteilung — wenn man v. Liszts Satz, das Strafgesetzbuch sei die magna charta, die den Bürgern das Recht verbrieft, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und innerhalb der gesetzlichen Grenzen gestraft zu werden, für richtig hält — strafrechtlich nicht rechtfertigen.

Denn wenn die beiden im Einverständnis handelnden Parteien dem Richter unwahre Behauptungen unterbreiten, bezw. wenn die von der einen Partei vorgebrachten Unwahrheiten von der andern wahrheitswidrig zugestanden werden, so wird dadurch der Richter nicht irregeführt, oder wenn er auch eine falsche Vorstellung über die thatsächlichen Verhältnisse bekommen sollte, so ist diese für die Verurteilung doch völlig belanglos. Er muss vielmehr, ohne Rücksicht auf seine eigene Überzeugung, auf Grund der Vorschriften über das Geständnis ohne weiteres verurteilen. Das unwahre Verhalten konnte für seine Entscheidung nicht kausal sein, das Geständnis nötigte ihn, in ganz bestimmtem Sinne zu erkennen.

Dagegen kann ein Betrug sehr wohl begangen werden, wenn jemand den Richter über seine Person oder die Person eines andern täuscht und so vielleicht ein Urteil auf den Namen eines anderen erwirkt. Dem A ist z. B. durch bedingtes Endurteil ein Eid auferlegt, den er selbst nicht schwören kann, wohl aber der B. B schwört diesen Eid. Hier ist bei dem Richter ein Irrtum erregt worden, indem er die von B beschworenen Thatsachen dem A unterstellt, insofern er den Eid als von A geleistet ansieht. Diese fälschliche Unterstellung ist der Grund der unrichtigen Entscheidung, was Betrug begründet und zwar in idealer Konkurrenz mit intellektueller Urkundenfälschung.

Hier möge sich ferner die Frage anschliessen, ob sich die Annahme eines Betrugs rechtfertigt, wenn für die Wahrheit des Parteivorbringens Rechtsvermutungen (praesumptiones juris) eingreifen. Zum

Beispiel: Eine Mutter behauptet, um sich mittels der hereditatis petitio in Besitz des Nachlasses ihres verstorbenen Kindes zu setzen, bewusst wahrheitswidrig für letzteres die Vaterschaft ihres verstorbenen Ehemannes und beruft sich darauf, dass das Kind vor dem 300. Tage nach dem Tod des Ehemanns geboren sei, mithin auch die Rechtsvermutung „pater est quem nuptiae demonstrant" begründet sei. Oder ein anderer Fall: Der nächste Intestaterbe eines angeblich Verschollenen stellt, trotzdem er in jüngster Zeit Nachrichten von demselben erhalten hat, den Antrag auf Todeserklärung, indem er darthut, dass dieser das 70. Lebensjahr überschritten hat. Hier tritt zugunsten seiner unwahren Behauptung die Rechtsvermutung ein, dass der Verschollene wirklich tot sei.

In derartigen Fällen ist der Thatbestand des strafbaren Betrugs nicht enthalten, und zwar wiederum deshalb, weil der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung fehlt. Die Rechtsvermutung beruht auf einem über den Rahmen der subjektiven Behauptung, bezw. Beweisführung hinausreichenden objektiven Rechtssatz, nach welchem ein gewisser Thatbestand als Vermutung für ein gewisses anderes Verhältnis zu behandeln ist. Der Richter ist durch diesen Rechtssatz, sobald der Beweis für jenen Thatbestand erbracht ist — unter Vorbehalt des Beweises für das Gegenteil — von gesetzeswegen gehalten, auch dieses andere Verhältnis für erwiesen anzusehen. Er muss also hier aus Gründen des objektiven Rechts, ohne Rücksicht auf seine eigene Überzeugung von der Wahrheit, oder Unwahrheit des Vorbringens der Parteien in einem bestimmten Sinne erkennen. Entscheidet er falsch, so haben ihn nicht die vorgebrachten Behauptungen zu seiner unrichtigen Entscheidung geführt, sondern ein zwingender Rechtssatz. Dieser dürfte jedoch hier nicht, wie in den früheren Fällen prozessrechtlicher, sondern materiellrechtlicher Natur sein [1]).

Wenn man unter diesen Erwägungen bei den beiden letzten Beispielen einen Betrug nicht annehmen kann, wird man umgekehrt einen solchen dann zu statuieren haben, wenn die Präsumption wirklich den

---

[1]) Man könnte hier allerdings fragen, hat nicht der sich auf die Präsumption berufende Kläger durch Unterdrückung einer wahren Thatsache bewirkt, dass die Präsumption fälschlicherweise geltend gemacht werden konnte, also in diesem Sinne getäuscht? Dieses Bedenken erledigt sich jedoch einfach dadurch, dass für den Kläger in keiner Weise eine rechtliche Pflicht zur Mitteilung des wahren Sachverhalts bestand.

thatsächlichen Verhältnissen entspricht und die Gegenpartei dieselbe durch Gegenbeweis mittels falscher Beweismittel zu entkräften sucht. Hier begeht die Gegenpartei einen Betrug, denn der Richter gründet sein der Präsumption entgegenstehendes Erkenntnis lediglich auf die unwahren Behauptungen, bezw. Beweise, nicht auf einen objektiven Rechtssatz.

§ 5.

Wenden wir uns nunmehr einer spezielleren Betrachtung der Frage zu, inwiefern durch Beweismittel, welche, wie oben bereits entwickelt, im kontradiktorischen Prozess und bei der Glaubhaftmachung eine veränderte Sachlage schaffen, auf die Willensrichtung des Richters, bezw. des Prozessgegners eingewirkt werden kann, so müssen wir vorausschicken, dass sich auch hier allgemeine Regeln für eine gleichmässige Behandlung aller derartiger Fälle nicht aufstellen lassen. Es muss vielmehr auf die Besonderheit des Beweismittels Rücksicht genommen werden, ob es echt oder falsch ist, ob es gegenüber dem Richter, oder gegenüber dem Prozessgegner zu wirken bestimmt ist; auch wird es ferner darauf ankommen, ob der zu täuschende Prozessgegner aus eigenem Wissen Kenntnis von der Unechtheit, bezw. materiellen Unrichtigkeit des Beweismittels hat, oder nicht. Alle diese Punkte bedürfen besonderer Berücksichtigung und machen daher eine Spezialbehandlung des Einzelfalles erforderlich.

Nehmen wir zunächst den in der Praxis wohl am häufigsten vorkommenden Fall, dass eine Partei eine zwar formell echte, jedoch nicht der zu beweisenden Thatsache entsprechende, also materiell unrichtige Urkunde produziert, um den Richter über das wahre Sachverhältnis zu täuschen. Die Möglichkeit, dass ihr dies gelingen und dadurch ihre betrügerischen Absichten zur Realisierung gelangen, ist hier durchaus gegeben. Ein praktisches Beispiel wird dies am besten zeigen. Es wird dem Richter in einer Klage auf Bezahlung einer Schuld von dem Beklagten zum Beweise dafür, dass diese Schuld bereits bezahlt sei, eine vom Kläger ausgestellte Quittung vorgelegt, die sich auf eine frühere, thatsächlich bezahlte Schuld von gleicher Höhe bezieht. Der Prozess wird sich folgendermassen entwickeln. Der Kläger erkennt die produzierte Quittung als echt an, macht aber geltend, dass dieselbe mit der im Streit befangenen Schuld nichts zu thun habe, sondern eine frühere, wirklich bezahlte Schuld betreffe,

Der Beweis für diese Behauptung liegt ihm ob [1]; besonderer prozessualen Umstände wegen gelingt es ihm jedoch nicht, denselben zu führen. Die Folge ist, dass der Richter bei dem Anerkenntnisse des Klägers stehen bleibend, der Behauptung des Beklagten Glauben schenkt und den Kläger mit seiner Klage abweist.

Wir tragen kein Bedenken, in diesem Fall einen Betrug anzunehmen, bewirkt durch Täuschung des Prozessrichters. Denn der Richter schenkt zunächst weder den Behauptungen des Beklagten, noch den Behauptungen des Klägers Glauben, sondern verlangt Beweise. Dem Kläger ist der Beweis, dass die Quittung sich gar nicht auf die eingeklagte Forderung beziehe, nicht gelungen, die einfache Behauptung blieb daher für den Richter irrelevant. Beklagter hatte dagegen zur Unterstützung seiner Behauptung, bezw. seines Antrags auf Abweisung der Klage die Quittung produziert, die dem Richter als volles Beweismittel erscheinen musste, zumal Beklagter deren Echtheit anerkannt hatte. Durch sie wurde der Richter über die dem Rechtsstreit zugrundeliegenden thatsächlichen Verhältnisse getäuscht und so zu seinem materiell unrichtigen Urteil veranlasst.

Wäre auch, so fragen wir weiter, hier ein Betrug durch Täuschung des Prozessgegners möglich gewesen? Um diese Frage richtig zu beantworten, müssen wir zunächst unterscheiden, ob der Prozessgegner aus eigener Erfahrung Kenntnis hatte von der materiellen Unrichtigkeit des Beweismittels, oder ob ihm eine solche Kenntnis fehlte. (Das Letztere wäre möglich, wenn er in der Eigenschaft als Erbe, Cessionar oder sonstiger Rechtsnachfolger eines anderen handelte.) Hatte der Kläger im vorliegenden Fall also diese Kenntnis, wusste er, dass seine Forderung noch nicht getilgt, dass die produzierte Quittung eine ganz andere sei, so ist die Annahme eines Betrugs nicht zu rechtfertigen. Es war ihm klar, dass das gegnerische Bestreiten dolos war und in Widerspruch stand mit den ihm wohlbekannten thatsächlichen Verhältnissen, man kann daher auch nicht annehmen, dass er wider sein eigenes besseres Wissen in Irrtum versetzt, getäuscht werden konnte, wenn man nicht zu dem begrifflichen Nonsens gelangen will, dass ein Irrtum wider besseres Wissen möglich sei. Hätte er also seine Klage

[1]) Man kann hier vielleicht über die Beweislast streiten. Die Praxis wird aber stets geneigt sein, sie dem Kläger in dem Sinne aufzubürden, dass er darthun muss, die Quittung beziehe sich auf eine andere als die eingeklagte Schuld.

zurückgezogen, so hätte er damit auf ein ihm zustehendes Recht freiwillig verzichtet und die eingetretene Vermögensbeschädigung hätte sich als Folge dieses freiwilligen Verzichts dargestellt, nicht als Folge einer voraufgegangenen Täuschung. Der Verzicht wäre aber seinerseits wieder hervorgerufen gewesen durch das Bewusstsein, dass die eigenen Beweismittel nicht zum Beweise des Rechtes ausreichen.

Anders wenn die Gegenpartei aus eigenem Wissen keine Kenntnis von den vorgebrachten Unwahrheiten und der Unrichtigkeit der produzierten Beweismittel hatte. Jetzt ist eine Täuschung des Produkten durchaus möglich. Man kann dagegen nicht einwenden, dass der zu Täuschende der Behauptung des Gegners keinen Glauben hätte beimessen, dass er die produzierte Urkunde nicht als echt hätte anerkennen sollen; mit andern Worten, man kann nicht sagen, der Produkt hätte die Unzuverlässigkeit der gegnerischen Behauptungen und Beweise kennen, oder doch als wahrscheinlich voraussetzen und deshalb bestreiten müssen. Denn es wäre verfehlt, wenn man die Stellung der Prozessparteien zu einander so auffassen wollte, dass sie keine Behauptung des Gegners, auch bei aller anscheinenden Bekräftigung, durch Beweismittel zugestehen dürften. Es hiesse dies, die Prozesspartei geradezu zum Lügen herausfordern und ihr ein Bestreiten auch da zur Pflicht machen, wo sie von der Wahrheit der gegnerischen Behauptung überzeugt ist.

Die im Voraufgehenden gewonnenen Gesichtspunkte wiederholen sich, wenn der Betrüger gefälschte, d. i. nicht bloss materiell, sondern auch formell unrichtige Urkunden zum Beweise seiner Behauptungen produziert. Auch hier ist, wie bei der Produktion von bloss materiell unrichtigen Beweismitteln, die Möglichkeit einer Täuschung des Richters grundsätzlich gegeben; eine Täuschung des Gegners muss überall da verneint werden, wo letzterer aus eigenem Wissen eine zuverlässige Kenntnis von den in Frage stehenden thatsächlichen Verhältnissen besitzt und umgekehrt die Möglichkeit einer Täuschung bejaht werden, wo letzteres nicht der Fall ist.

Dass der Richter durch gefälschte Beweismittel getäuscht werden kann, ergiebt sich schon daraus, dass er dieselben solange als echt und voll beweisend ansehen wird, bis der Gegner deren Echtheit bestritten hat, oder bis er selbst die Fälschung erkannt, oder doch vermutet hat. Die blosse Bestreitung der Echtheit macht den Produzenten zwar für die Echtheit beweispflichtig, der Umstand aber, dass der Gegner

in vielen Fällen gar keine Ahnung von der Unechtheit haben mag, lässt es begreiflich erscheinen, dass derselbe alsdann von einem Bestreiten absehen und die vorgelegte Urkunde als echt anerkennen wird. Aber selbst für den Fall des Bestreitens wird es immer noch quaestio facti sein, ob dem Produzenten der Beweis der Echtheit gelingt, oder nicht.

Für die Fälle der §§ 402, Abs. 1 [1]) und 405, Abs. 2 [2]) C.P.O. hat der Produzent sogar die Vermutung der Echtheit für sich, was den Gegner beweispflichtig macht und ihn so durch Verrückung der Beweislast in eine rechtlich erschwerte Position versetzt.

Das von der Benützung gefälschter Urkunden Gesagte gilt in analoger Weise auch für die Beibringung falscher Zeugen. Beruft sich eine Partei zum Beweise ihrer unwahren Behauptungen auf von ihr zu falschem Zeugnis verleitete Zeugen, so kann unbedenklich hierin unter den übrigen Voraussetzungen ein Betrug gefunden werden.

Dagegen kann durch den Parteieid, bezw. Parteimeineid ein Betrug nicht begründet werden, weil der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung wegfällt. Der Richter muss hier aufgrund der gesetzlichen Vorschriften, dass der Parteieid vollen Beweis erbringe, ohne Rücksicht auf seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache erkennen [3]).

§ 6.

Wegen der praktischen Bedeutung unseres Themas erscheint ein Eingehen auf die Stellungnahme der Gerichte, insbesondere auf die unseres höchsten Gerichtshofs, des Reichsgerichts unbedingt notwendig,

---

[1]) § 402, Abs. 1 C.P.O.: Urkunden, welche nach Form und Inhalt von einer öffentlichen Behörde, oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermutung der Echtheit für sich.

[2]) § 405, Abs. 2 C.P.O.: Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest, oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermutung der Echtheit für sich.

[3]) A. A. Rommel a. a. O. S. 58, der seinen Standpunkt damit begründet, dass die schwurpflichtige Partei die Möglichkeit der Eidesleistung erst durch Täuschung erlangt habe, welch letztere gewiss schon kausal sei für die durch die Eidesleistung eingetretene Vermögensbeschädigung. Diese Begründung erscheint sehr bedenklich, denn eine blosse Behauptung stellt, wie oben § 2 entwickelt, noch lange keine Täuschungshandlung dar, sondern lediglich eine Vorbereitungshandlung für eine solche, welche rechtlich indifferent bleibt.

weshalb wir in folgendem über die namhaftesten Reichsgerichtsentscheidungen auszugsweise referieren werden.

Das Reichsgericht vertritt ebenfalls — und zwar bis zur letzten einseitigen Konsequenz — den Standpunkt, dass durch einfache Parteibehauptungen im Civilprozess ein Betrug nicht begangen werden könne, sondern nur dann, wenn diese Behauptungen mit Beweismitteln unterstützt würden. Dieser Grundsatz ist ausgesprochen in dem Urteil vom 17. März 1880 (Rechtsprechg. d. Rchsger. Bd. I, S. 479). Demselben liegt folgender Thatbestand zu Grund:

Die R. hatte die für sie im Grundbuch eingetragene Erbteilsforderung durch notarielle Cession dem H. abgetreten; von H. ging die Forderung auf die Besitzer des belasteten Grundstücks, die C.'schen Eheleute über, wodurch sie erlosch. Einige Jahre später hatte die R. ebendieselbe Forderung durch notarielle Cession an den Angeklagten C. abgetreten, welcher von der früheren Cession an H. noch vor der Erwerbung Kenntnis erlangt hatte, trotzdem aber die Forderung, welche er rechtsgiltig gar nicht erwerben konnte, im preussischen Mandatsprozess gegen die Besitzerin des belasteten Grundstücks unter Bezugnahme auf die Grundakten einklagte. Das Reichsgericht argumentiert: In dem von dem Angeklagten C. angestrengten Prozess habe das Klagevorbringen insoweit eine unwahre Thatsache enthalten, als der Kläger mit der Geltendmachung der Forderung einen Rechtserwerb behauptet habe, welchen er nicht habe machen können, weil die Rechtsvorgängerin die betreffende Forderung vorher anderweitig abgetreten hätte. Durch Bezugnahme auf die dem Prozessrichter zugänglichen Grundakten, aus welchen die Forderung, wie der Übergang derselben an den Kläger hervorgegangen sei, sei die Beurkundung über den Übergang der Forderung auf den Kläger in eine unmittelbare Beziehung zum Klagevorbringen zu dem Zwecke gebracht, damit der Richter die rechtliche Überzeugung von der in Wahrheit nicht existierenden Berechtigung des Klägers erlangen und durch Erlass des Mandates den Beklagten sofort in eine rechtlich erschwerte Lage zum Kläger bringen sollte. Jene Beurkundung selbst aber sei, wenn auch echt und formell giltig, durch Unterdrückung einer wahren Thatsache erwirkt; denn in der Cessionsakte, auf welche die Umschreibung erfolgt sei, hätte die eingetragene Gläubigerin verschwiegen, dass sie die von ihr cedierte Forderung bereits vor Jahren anderweitig abgetreten hätte. Wenn aber der Angeklagte durch unwahres Klagevorbringen und durch

Bezugnahme auf eine durch Verschweigen erheblicher Thatsachen erwirkte öffentliche Beurkundung in dem Prozessrichter den Glauben an die behauptete Berechtigung hätte erwecken und denselben hierdurch zur Erlassung des beantragten Mandats veranlassen wollen, so sei hierin unter den übrigen Voraussetzungen Betrug zu finden. (Im vorliegenden Fall nur Betrugsversuch, da sich der Richter nicht täuschen liess.)

Besonders deutlich ist die Stellung des Reichsgerichts entwickelt in dem Urteil vom 26. Oktober 1887 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. XII, S. 193). In dem dort abgeurteilten Fall hatte der Angeklagte eine Quittung über eine früher bezahlte Kaufgeldrate vorgelegt, in der Absicht, auf diesem Wege Abweisung eines begründeten Anspruchs auf Zahlung einer weiteren, noch nicht bezahlten Rate zu erwirken.

Das Reichsgericht führt aus, aus der Allgemeinheit des Betrugsbegriffs, welcher eine Einschränkung nach keiner Richtung enthalte, ergebe sich, dass auch im Civilprozess ein Betrug in der Weise verübt werden könne, dass durch Täuschung des Richters eine die Rechte der Gegenpartei beeinträchtigende Entscheidung oder Verfügung herbeigeführt werde; der Betrugsbegriff könne daher an sich auch auf Betrügereien Anwendung finden, welche bei Führung eines Rechtsstreites verübt würden. Eine Beschränkung erleide diese Anwendbarkeit nur durch die Regeln des Civilprozesses selbst, insofern blosse unwahre Behauptungen über Thatsachen im Prozess nicht hinreichten, um einen durch Täuschung des Richters unternommenen Betrug zu begründen, weil der Richter regelmässig nicht befugt sei, auf einseitiges Parteivorbringen hin und ohne vorzulegende Bescheinigung oder zu erbringenden, ebenmässig seiner Prüfung zu unterstellenden Beweis eine Entscheidung oder eine über die blosse Prozessleitung hinausgehende Verfügung zu treffen — und dass daher, wenn ordnungswidrigerweise auf blosse Parteibehauptungen hin eine den Gegner schädigende Verfügung getroffen werden sollte, dieser nicht durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch geschädigt sein würde, dass der Richter eine ihm obliegende Funktion nicht ausgeübt habe. Anders gestalte sich das Verhältnis jedoch, sobald eine Partei zur Bescheinigung ihres unwahren Vorbringens falsche Beweismittel benütze, insbesondere sich auf falsche, simulierte oder erschlichene Beweismittel beziehe und hierdurch herbeiführe, dass der Richter trotz der ihm obliegenden Pflicht, das Parteivorbringen auf seine Wahrheit zu prüfen, getäuscht

werden würde. Es sei nicht zuzugeben, dass hierbei ein prinzipieller Unterschied zu machen sei zwischen Fällen, in welchen der Richter in der Lage sei, auf die einfache dolose Bescheinigung einer Partei hin zu verfügen (wie beim Erlass von Zahlungsbefehlen, Kostenfestsetzungen, Arrest- und Vollstreckungsverfügungen) und zwischen Entscheidungen, welche erst nach erfolgtem Gehör der Gegenpartei zu erlassen seien, wie bei Urteilen im ordentlichen Prozess, dass insbesondere durch falsche Angabe von Beweisbehelfen in letzterer Richtung ein Betrug begangen werden könne. Das Gehör der Gegenpartei schliesse nicht aus, dass der Richter mittels falscher, durch formell echte und richtige, aber materiell unrichtige Beweisstücke untertützter Behauptungen über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache in Irrtum versetzt werde, denn der gegnerische Widerspruch, besonders wenn derselbe nicht auch seinerseits durch Beweismittel belegt werden könne, vermöge nicht, ohne weiteres die Beweiskraft vorgelegter, formell ordnungsmässiger Urkunden zu beseitigen und lasse daher die Täuschung des Richters offen, durch welche eine den Gegner benachteiligende Entscheidung direkt oder indirekt durch Verrückung der Beweislast herbeigeführt werden könne. Gleichgültig sei für den Thatbestand des Betrugs, ob die Täuschung des Richters durch Vorlage gefälschter Urkunden bewirkt werde, oder ob an sich echte Urkunden unter Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Thatsachen derartig als Beweismittel benutzt wurden, dass nach Lage der Sache eine Täuschung des Richters herbeigeführt werden könne. Es sei nicht nur Betrug, wenn jemand einen gefälschten Wechsel einklage, sondern auch, wenn er dies mit einem echten, aber bezahlten, nur nicht kassierten und durch Zufall unverändert in seinem Besitz gebliebenen Wechsel thue, da im einen, wie im anderen Falle der Richter durch die formelle Beweiskraft der Urkunde getäuscht werden könne und der Gegner in Gefahr sei, auf Grund dieser Beweiskraft und die durch solche herbeigeführte Täuschung des Richters eine Nichtschuld zahlen zu müssen, wenn es ihm nicht gelinge, den Beweis der Fälschung bezw. Zahlung gleichfalls urkundlich zu erbringen.

Ähnlich ist entschieden und begründet in dem Urteil vom 18. Dezember 1880 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. III, S. 169). Dasselbe ist besonders interessant wegen der darin gemachten Ausführungen, dass es gleichgiltig sei, ob die falsche Urkunde aus eigenem Antrieb, oder zufolge eines Editionsantrags der Gegenpartei vorgelegt wurde. Der That-

bestand ist folgender: Angeklagter war von der Eisenbahndirektion auf Nachzahlung eines im Frachtbrief irrtümlicherweise zu niedrig berechneten Frachtsatzes verklagt worden. Auf Antrag der Klägerin edierte er den Frachtbrief, mit welchem erstere beweisen wollte, dass das Gewicht des Frachtgutes 2600, bezw. 3900 Kilo betragen habe. In dem vorgelegten Frachtbrief hatte Angeklagter bei der Gewichtsangabe die Zahlen 2 und 3 wegradiert, um so den Anschein zu erwecken, die Fracht sei richtig berechnet. Das Reichsgericht fand in diesem Thatbestand einen Betrug, bezw. Betrugsversuch unter folgender Begründung:

Die Absicht des Angeklagten sei gewesen, der Direktion der Eisenbahngesellschaft ein Beweismittel zu entziehen, sich selbst aber einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen; er habe die Urkunde fälschlich als eine unveränderte mit ausdrücklicher Inabredestellung der Rasur übergeben, um so durch Täuschung des Richters eine die Rechte der Gegenpartei beeinträchtigende Entscheidung herbeizuführen. Der Angeklagte habe zwar in Befolgung einer Rechtspflicht eine Urkunde vorgelegt, welche dem Richter vom Gegner als Beweismittel für eine im Prozess erhebliche Thatsache angeboten worden sei, er habe aber auch gewusst, dass der Richter diese Urkunde zu prüfen hatte, dass derselbe auf die Urkunde seine Überzeugung von der Wahrheit der Thatsache gründen, umgekehrt aber auch, wenn sie nicht enthielte, was sie nach klägerischem Vorbringen enthalten sollte, zum Nachteil der Beweisführerin entscheiden konnte. Inbezug auf eben dieses Beweismittel habe er den Richter in Irrtum versetzen wollen, er habe ihn überzeugen wollen, dass die Urkunde, wie er sie übergab, unverändert sei, keine Rasur an sich trage und er habe die unwahre Thatsache vorgespiegelt, dass die Skriptur unverändert sei, nicht nur stillschweigend mit der thatsächlichen Übergabe der geänderten Urkunde, sondern ausdrücklich, indem er auf eine diesfallsige Bemerkung der Klägerin eine Rasur in Abrede gestellt und sogar behauptet hätte, ein Gewicht sei überall nicht in Frachtbriefen angegeben. Mit diesen Handlungen habe er thatsächlich dem Richter eine gefälschte Urkunde unterbreitet, um denselben über einen beweiserheblichen und zum Beweise angezogenen Teil der Urkunde in Irrtum zu versetzen und hierdurch auf die richterliche Überzeugung von der Wahrheit, bezw. Unwahrheit einer behaupteten Thatsache zu wirken.

Im Anschluss hieran sei bemerkt, dass, wie die Urteile vom 23. Januar 1882 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. V, S. 430) und vom

9. Februar (Entschdgn. d. Rchsger. Bd. IV, S. 4) ausführen, Fälschungen eines Eintrags im eigenen Handelsbuch und der Gebrauch eines solchen Handelsbuches mit unrichtigem Inhalt im Civilrechtsstreit den Thatbestand eines Betrugs zu begründen vermögen.

Dass im Versäumnisverfahren durch den dolosen Kläger ein Betrug nicht begangen werden könne, ist ausgesprochen in dem Urteil vom 12. Mai 1890 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. XX, S. 391), welches den Fall betrifft, dass ein Gläubiger wider besseres Wissen im Mahnverfahren eine nicht bestehende Forderung geltend macht und die Forderung nach Ablauf der gesetzlichen Widerspruchs- und Einspruchsfrist zur Vollstreckung bringt.

Die Begründung führt aus, hierin liege kein Betrug, denn nach der konstanten Praxis des Reichsgerichts erscheine das einseitige Parteivorbringen in einem Civilprozess, auch wenn eine Behauptung wissentlich falsch aufgestellt worden sei, noch nicht als die Vorspiegelung einer falschen Thatsache im Sinn des § 263 R.St.G.Bs. Der Civilrichter schenke den einseitigen Parteibehauptungen als solchen keinen Glauben, sondern nur denjenigen, welche vom Gegner im kontradiktorischen Verfahren nicht bestritten, oder welche bewiesen seien; er könne daher auch nicht durch solche einseitigen Parteibehauptungen getäuscht werden. Eine Täuschung des Richters sei nur möglich, wenn die Falsches wissentlich behauptende Partei dem unwahren Vorbringen durch Beweismittel den Anschein der Wahrheit gebe und der Richter bei Prüfung dieses Beweismittels zur Überzeugung gelange, das Unwahre sei wahr. Allerdings könne auch das einseitige Parteivorbringen zu einem vollstreckbaren Urteil, oder einer diesem gleichstehenden richterlichen Entscheidung führen; allein hier komme die richterliche Überzeugung nicht in Frage, sondern der benachteiligende Erfolg trete kraft gesetzlicher Notwendigkeit durch die mangelnde Verteidigung des Schuldners ein. Es fehle daher an einem Begriffserfordernis des Betrugs, der Erregung eines Irrtums durch Vorspiegelung falscher, oder Unterdrückung wahrer Thatsachen.

Das Urteil vom 30. Dezember 1881 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. V, S. 321) betrifft den Fall, dass auf einseitigen Antrag hin zufolge glaubhaft gemachter Unwahrheiten von dem Richter zu gunsten des Antragstellers entschieden wurde. Es hat folgenden Thatbestand:

Der Angeklagte hatte eine Interventionsklage mit dem Antrag auf vorläufige Sistierung der Zwangsvollstreckung eingereicht und hier-

bei den Richter über die zur Begründung der Klage und des Antrags aufgeführten Thatsachen in Irrtum versetzt, denselben zur Sistierung der Zwangsvollstreckung veranlasst und dadurch das Vermögen der die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger beschädigt.

Das wegen Betrug strafende Urteil der Vorinstanz wurde aufgehoben unter der Begründung, dass letzteres gegen den in wiederholten Entscheidungen vom Reichsgericht anerkannten Rechtsgrundsatz verstossen habe, dass einseitige, durch keinerlei die richterliche Überzeugung beeinflussende Beweismittel unterstützte Parteibehauptungen in einem Rechtsstreit überall nicht unter den Begriff der Vorspiegelung unwahrer Thatsachen fielen. § 688, Abs. 1 C.P.O. bestimme, die thatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung begründeten, seien glaubhaft zu machen. Die eingereichte Prozessschrift stelle sich als eine gewöhnliche Klageschrift dar, welche in Gemässheit des § 121, No. 5 C.P.O. auch die Beweismittel bezeichnet habe, deren sich der Kläger zum Nachweis der Klagethatsachen bedienen wolle.

Dies genüge jedoch nicht, da die blosse Anbringung einer Interventionsklage oder eines unbescheinigten Antrags den Richter nicht berechtige, der Zwangsvollstreckung Einhalt zu gebieten. Im vorliegenden Fall habe aber der Angeklagte seine unwahren Behauptungen nicht etwa bescheinigt, um den Richter zu täuschen, und der Letztere habe die Zwangsvollstreckung eingestellt, nicht weil er irgend welche Behauptungen der Klageschrift irrigerweise für wahr gehalten habe, sondern weil er ohne alle sachliche Prüfung die Anbringung der Interventionsklage, bezw. des Sistierungsantrags rechtsirrtümlich für prozessualisch ausreichend angesehen habe, um daraufhin dem Zwangsvollstreckungsverfahren keinen Fortgang zu geben.

Die Ausführungen der Vorinstanz, welche umgekehrt zu folgern versuchten, dass, weil das Gericht die Zwangsvollstreckung eingestellt hätte, der Richter doch an das behauptete Eigentum des Angeklagten geglaubt zu haben scheine und deshalb in der eingereichten Prozessschrift eine Glaubhaftmachung der Behauptungen zu finden sei, seien zur Rechtfertigung des Urteils schon darum ungenügend, weil eine positive Feststellung, dass der Richter getäuscht und durch seinen Irrtum zu seiner Verfügung bestimmt worden sei, darin nicht zu finden sei.

Die Gläubiger seien nicht geschädigt worden durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch, dass der Richter die ihm vorgeschriebene

Prüfung der thatsächlichen Begründung eines Prozessantrags unterlassen habe, und der Angeklagte habe wissentlich einen unbegründeten Interventionsanspruch und einen unbegründeten Sistierungsantrag angebracht, aber keinen Betrug verübt.

Ähnlich deduziert das Reichsgericht in dem Urteil vom 25. Februar 1880 (Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. I, S. 227). Der Fall ist folgender: Angeklagter hatte gegen mehrere Schuldner kleine Schuldposten eingeklagt und in den von ihm gestellten Exekutionsanträgen je 10 Pf. Porto für das Exekutionsgesuch berechnet und um Miteinziehung dieses Betrags gebeten, ohne dass ihm ein Portoverlag erwachsen wäre. Die berechneten Porti sind zum Teil von dem die Exekution verfügenden Richter abgesetzt, zum Teil ist ihre Miteinziehung verfügt worden; sie gingen auch in einem der letzteren Fälle ein, während in anderen Fällen die Exekution fruchtlos blieb.

Beide Vorinstanzen hatten den Angeklagten wegen versuchten und wegen vollendeten Betrugs verurteilt. Dieselben gingen davon aus, dass der Angeklagte in allen jenen Fällen die unwahre Thatsache behauptet habe, dass er für Absendung des einzelnen Exekutionsantrags je 10 Pf. Porto bezahlt habe. Durch die Vorspiegelung dieser falschen Thatsache habe er in denjenigen Fällen, in welchen die Exekution wegen des angeblichen Portoverlags verfügt worden sei, in dem Richter einen Irrtum erregt, er habe dies in der Absicht gethan, sich in jenen 10 Pf. einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Soweit dieselben miteingezogen seien, habe er das Vermögen des Schuldners beschädigt; es sei auch der ursächliche Zusammenhang vorhanden, indem die Exekution auch wegen jener 10 Pf. zufolge des bei dem Richter erweckten Irrtums verfügt sei. Entsprechend wurde in den übrigen Fällen Versuch festgestellt.

Das Reichsgericht sprach den Angeklagten frei unter der Begründung, dass die Behauptung, es seien dem Kläger jene Kosten erwachsen, nicht genüge, um dieselben exigibel zu machen; vielmehr bedürfe es einer gerichtlichen Feststellung, und für die gerichtliche Feststellung sei wiederum die Behauptung des Klägers ohne Belang; der Richter habe vielmehr auf Grund der vorgelegten Bescheinigungen zu prüfen, ob der die Exekution beantragenden Partei die von ihr behaupteten Kosten erwachsen seien. Hiernach sei eine Täuschung des Richters wohl dadurch möglich, dass die Partei falsche Bescheinigungen

über ihr angeblich erwachsene Kosten vorlege; wenn aber der Richter von der Beibringung einer solchen Bescheinigung absehe, wenn er die Exekution wegen des von dem Kläger berechneten Portobetrags verfüge, bloss weil der Kläger behauptet habe, es sei ihm dieser Betrag erwachsen, so sehe er davon ab, die ihm auferlegte richterliche Prüfung eintreten zu lassen; der Beklagte sei hier nicht geschädigt durch eine Täuschung des Richters, sondern dadurch, dass der Richter eine ihm obliegende Funktion nicht ausgeübt habe.

Dass auch ein simulierter Rechtsstreit — entgegen der von uns oben entwickelten Ansicht — zu einem Betruge geeignet sei, ist von dem Reichsgericht entschieden in dem Urteil vom 12. November 1880 (Entschdg. d. Rchsger. Bd. II, S. 436). Der demselben zugrundeliegende Thatbestand ist folgender: Der Besitzer B, welcher mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebte, mit ihr in Unfrieden geraten war und die gütergemeinschaftliche Besitzung verlassen hatte, infolge dessen die Ehefrau auf Scheidung klagte, acceptierte einen von dem Angeklagten S auf ihn gezogenen Wechsel über 2400 Mk. Obwohl er nur 400 Mk. vom Angeklagten erhielt, versprach er demselben, falls er die Wechselsumme ausklagen und sie dann bei der Subhastation der gütergemeinschaftlichen Besitzung zur Hebung kommen würde, eine Provision von 300 Mk. Der Angeklagte klagte nach eingetretener Fälligkeit die ganze Wechselsumme gegen B ein. Letzterer wurde, da er im Termin nicht erschien, in contumaciam zur Zahlung der Wechselsumme nebst Provision, Protestkosten und Zinsen verurteilt. Nach fruchtlos vollstreckter Mobiliarexekution liess der Angeklagte die erstrittene Forderung im Wege der Exekution auf das gütergemeinschaftliche Grundstück eintragen und trat dann der inzwischen eingeleiteten notwendigen Subhastation bei. Der Wechsel hatte also das Mittel sein sollen, um bei der voraussichtlich bevorstehenden Trennung der B'schen Ehe dem gütergemeinschaftlichen Vermögen die Wechselsumme zum alleinigen Vorteil des Ehemannes B zu entziehen.

In Übereinstimmung mit der Vorinstanz findet das Reichsgericht hierin einen Betrug. Denn, wenn das Gebiet eines bloss einseitigen Vorbringens von Thatsachen überschritten werde, könne durch Täuschung des Prozessrichters ein Betrug begangen werden. Im vorliegenden Fall sei diese Grenze überschritten, da der Angeklagte und B in Wahrheit keinen Rechtsstreit untereinander gehabt, vielmehr den Prozess auf Grund vorheriger Verabredung nur zum Schein geführt hätten, und

zwar der Angeklagte, indem er die Klage über die simulierte Wechselforderung anstellte, B, indem er durch seine absichtliche Kontumaz seine ihm gegen den Wechsel zustehenden Einreden unterdrückte. Durch dieses Zusammenwirken der beiden Prozessparteien sei der erkennende Civilrichter getäuscht und bestimmt worden, eine Forderung, die in Wahrheit nicht bestand, zu schaffen, während er beim Bekenntnis der Prozessparteien, dass sie den Prozess nur zum Scheine führten, kein verurteilendes Erkenntnis erlassen haben würde; auch sei der bei dem Richter erregte Irrtum in den weiteren Stadien der Exekution und der Subhastation unterhalten worden. Die Täuschung des Richters sei eben darin zu finden, dass die Prozesspartei dem Richter nicht bekannt hätte, dass die in der That einzutreibende Forderung ganz beziehentlich zum grössten Teil eine simulierte gewesen sei, dass sie demselben vielmehr das Bestehen eines zwischen ihnen streitigen, der Ordnung und Entscheidung durch den Richter bedürfenden Rechtsverhältnisses vorgespiegelt und dadurch die richterliche Entscheidung eines Rechtsstreits hervorgerufen hätte, welcher in Wahrheit nicht bestanden habe, sondern nur als Mittel zur Feststellung und Realisierung einer nicht bestehenden Forderung zum Nachteil eines Dritten simuliert worden sei.

§ 7.

Aus den vorerwähnten Entscheidungen sehen wir, dass das Reichsgericht auf dem streng durchgeführten Standpunkt steht — der übrigens auch in allen übrigen hier nicht angeführten Entscheidungen wiederkehrt — ein Betrug könne immer nur dann begangen werden, wenn Beweismittel zur Bekräftigung der Unwahrheiten beigebracht seien. Andrerseits hält es überall da einen Betrug für ausgeschlossen, wo dies nicht geschehen ist, oder wo die den Richter bindenden Vorschriften des Prozessrechts eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bewirken, wie z. B. im Versäumnisverfahren. (Urt. v. 12. Mai 1890, Entschdg. Bd. XX, S. 391.) Wenn es aber in dieser letzteren Prozessart eine Unterbrechung annimmt, so hätte es konsequenter Weise auch in dem Fall eines simulierten Rechtsstreits (Urt. v. 12. November 1880, Entschdg. Bd. II, S. 436) eine solche annehmen müssen, denn auch da tritt das über der freien richterlichen Überzeugung stehende Prozessrecht ein und nötigt den Richter, in einer ganz bestimmten Richtung zu erkennen.

Umsomehr muss es Befremden erregen, dass das Reichsgericht, um seinen einseitigen Standpunkt aufrechtzuerhalten, überall da, wo auch ohne Beweismittel eine offenbare Täuschung des Richters stattgefunden hat, wie z. B. in den Urteilen vom 30. Dezember 1881 (Endschdg. Bd. V, S. 321) und vom 25. Februar 1880 (Entschdg. Bd. I, S. 227) eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs annimmt und diese mit der merkwürdigen Begründung rechtfertigt, dass die eingetretene Vermögensbeschädigung sich als Folge pflichtwidrigen Handelns des Richters darstelle, da derselbe sich nicht hätte täuschen lassen sollen.

Die Unhaltbarkeit dieser Argumentation ergiebt sich aus folgender Betrachtung. Wenn das Reichsgericht sagt, dass die den Prozessgegner schädigende richterliche Disposition sich als eine Vernachlässigung der Richterpflicht darstelle, so geht es damit von dem Gedanken aus, dass der Richter mehr Aufmerksamkeit bei der Sachuntersuchung hätte aufwenden, dass er mit mehr Vorsicht hätte zu Werke gehen müssen, dass er den Irrtum bei grösserer Einsicht hätte vermeiden können. Diese Prämisse entspricht aber nicht dem von der Praxis[1]) allgemein anerkannten und auch von dem Reichsgericht öfters, z. B. Entschdg. Bd. 15, S. 266, befolgten Grundsatz, dass es nämlich gleichgiltig ist, ob der Irrtum bei nötiger Schlussfolgerung und Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können. Jedenfalls ist nicht einzusehen, warum von diesem sonst allgemein befolgten Prinzip bei einer Täuschung des Richters eine Ausnahme zu machen sei. Oder man müsste gerade eine so ideale Auffassung von der Person und der Stellung des Richters haben, dass man eine Täuschung desselben bei aller pflichtmässigen Aufmerksamkeit für unmöglich hielte, was aber umsoweniger zutrifft, als bei dem Prinzip der freien Beweiswürdigung der Richter nicht nach gesetzlich vorgeschriebenen Beweisregeln — deren Nichtbefolgung allenfalls einer Pflichtwidrigkeit entspringen könnte — entscheidet, sondern nach freiem Ermessen. Selbst wenn man annimmt, dass der Richter pflichtwidrig gehandelt habe, so muss diese Pflichtwidrigkeit doch in letzter Linie auf die stattgehabte Täuschung zurückgeführt werden, insofern nämlich durch die Täuschung

---

[1]) Vergl. Rechtsprchg. d. königl. preuss. Obertribunals, Bd. XIV, S. 181, und Bd. XVIII, S. 18.

zunächst die Pflichtwidrigkeit angeregt worden ist, welche ihrerseits wieder den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat.

Wollte man schliesslich mit dem Reichsgericht den Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung durch eine dazwischentretende Vernachlässigung der Richterpflicht als unterbrochen ansehen, so müsste man folgerichtig eine Unterbrechung unter gleicher Motivierung auch da annehmen, wo sonst ein Dritter rechtlich in der Lage war, zum Vorteil anderer über fremdes Vermögen zu disponieren. Dies steht aber nicht im Einklang mit der sonst von dem Reichsgericht befolgten Kausalitätstheorie[1]), insofern das Reichsgericht sonst annimmt, dass jeder Umstand, der auch nur das Geringste zum Erfolge beiträgt, für diesen kausal sei.

Einige Beispiele mögen zur Illustration dienen: Ein Prokurist schenkt den Anweisungen seines Prinzipals entgegen einem Kunden, der ihm Kreditfähigkeit vorspiegelt, Glauben und veranlasst so einen Vermögensverlust seines Prinzipals. Der Umstand, dass — wie wir als festgestellt annehmen — der Prokurist hier den falschen Angaben thatsächlich glaubte und lediglich dadurch zu seiner Handlungsweise bestimmt wurde, lässt es ausgeschlossen erscheinen, dass er durch irgend ein anderes Motiv, als durch diese Vorspiegelung zur Gewährung des Kredites veranlasst wurde, da er ja sonst — wenn es der Kunde nicht verstanden hätte, ihn in Irrtum über seine Vermögensverhältnisse zu setzen — die Anweisung seines Prinzipals befolgt und den Kunden fortgeschickt hätte. Allerdings mag in seinem Verhalten eine Pflichtwidrigkeit liegen, man wird aber trotzdem nicht sagen können, dass diese Pflichtwidrigkeit eine neue selbständige Kausalreihe in Bewegung gesetzt habe, deren Resultat die vermögensschädigende Disposition war. Letztere ist lediglich durch das täuschende Verhalten angeregt worden, man kann höchstens sagen, dass die Pflichtwidrigkeit dem Kunden die Täuschung besonders leicht gemacht habe.

Oder ein anderer Fall: Der Expedient einer Eisenbahn unterlässt das instruktionsmässige Nachwiegen einer Eisenbahnsendung mit Rücksicht auf das Vertrauen, das er dem Absender entgegenbringt. Dieser hatte falsch deklariert und der Bahn[2]) entgeht dadurch die Mehrfracht.

---

[1]) Vergl. **Frank** in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XII, S. 320, und Strafgesetzbuch 1897, S. 321.

[2]) Vergl. Entschdg. d. Rchsgrcht. Bd. 15, S. 266.

Auch in diesem Fall wird man unter Anwendung der eben entwickelten Gesichtspunkte zu der logischen Unmöglichkeit gelangen, dass die Schädigung des Vermögens der Eisenbahn auf das allerdings vorhandene pflichtwidrige Verhalten des Expedienten allein und in letzter Linie zurückzuführen sei; man wird vielmehr feststellen müssen, dass lediglich die falsche Deklaration der bestimmende Grund für die falsche Frachtberechnung gewesen ist.

Zu welchen durchaus unstichhaltigen Unterscheidungen zwischen sonst völlig gleichartigen Fällen das Argument der Pflichtwidrigkeit führen kann, zeige folgendes Beispiel: Ein Vormund kauft in seiner Eigenschaft als Verwalter des Mündelvermögens ein Haus und lässt sich nur durch die falsche Vorspiegelung des Verkäufers, der jährliche Mietertrag desselben betrage 1000 Mk., zu jenem Kaufe bewegen. Nachträglich stellt sich heraus, dass der Ertrag des Hauses unter den günstigsten Verhältnissen nicht einmal die Hälfte erreicht, das Haus sonach mindestens doppelt so teuer war, als es wert ist.

Hier müsste man unterscheiden: Hätte der Vormund das Haus aus seinem eigenen Vermögen gekauft, so läge Betrug vor [1]); da er es aber aus dem Mündelvermögen gekauft hat, liegt kein Betrug vor, weil der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung durch die Nichtausübung der vormundschaftlichen Prüfungspflicht unterbrochen ist. Die Unhaltbarkeit einer solchen Unterscheidung tritt klar zu Tage und macht keine besondere Darlegung erforderlich.

Zeigt sich aber an allen diesen Fällen, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen Täuschung und Vermögensbeschädigung durch pflichtwidriges Verhalten des zum Nachteil des Beschädigten disponierenden Dritten nicht unterbrochen wird, so muss man konsequenter Weise auch da eine Unterbrechung verneinen, wo dieser Dritte in der Eigenschaft als Richter handelt.

Das Argument der Pflichtwidrigkeit, zu dem sich das Reichsgericht in strenger Konsequenz des Prinzips, dass nur Beweise zum Betrug geeignet seien, gezwungen sieht, erscheint nach alledem recht

---

[1]) Bezüglich der Frage, ob hier ein rechtswidriger Vermögensvorteil in Betracht komme, vergl. die Ausführungen Franks in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XIV, S. 392 ff., die zu dem Resultat führen: Rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil, der von dem Gewährenden im Wege des Rechts (hier Caesio enormis) zurückverlangt werden kann.

bedenklich und wenig stichhaltig. Mehr dürfte es sowohl den Regeln des Strafrechts, als auch den Zwecken einer richtigen Strafrechtspflege entsprechen, wenn das Reichsgericht unter Berücksichtigung des besonderen Thatbestandes im Einzelfalle auch da, wo unbewiesene Behauptungen ausnahmsweise eine Täuschung des Richters bewirkt haben, einen Betrug unter den von uns oben entwickelten Voraussetzungen annehmen würde.

§ 8.

In den voraufgehenden Paragraphen wurden die Grenzen gezogen, welche die strafrechtlich unerheblichen Prozesslügen von dem Anfang des strafbaren Betrugs kennen. Zum Schluss unserer Abhandlung möge sich nun noch die praktisch ebenfalls nicht unwichtige Spezialfrage anreihen, wann der im Civilprozess begangene Betrug aus dem Stadium des Versuchs in das der Vollendung tritt.

Hierbei können in Betracht kommen der Moment der Urteilsverkündung, der Zustellung der Rechtskraft, oder der Leistung. Wir sehen hierbei von dem durch Täuschung des Prozessgegners begangenen Betrug zunächst ab, der auch schon vor Erlass des Urteils vollendet sein kann, jedenfalls aber immer in dem Moment vollendet ist, in welchem der getäuschte Prozessgegner seine ihn schädigende Dispostion (Anerkenntnis des Klageanspruchs, Klagezurücknahme, Verzicht u. s. w.) trifft.

Kommt es zu einer richterlichen Entscheidung, so ist folgendes zu berücksichtigen. Nach der jetzt herrschenden und auch dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Theorie ist der Betrug vollendet mit der wirklich eingetretenen Vermögensbeschädigung. Die Anwendung dieses Satzes auf die soeben angeführten einzelnen Stadien des Prozessgangs führt zu folgender Betrachtung.

Die Urteilsverkündung ist lediglich Formalakt, an den sich Rechtsnachteile definitiver Art in keiner Weise anknüpfen, dieselbe kann daher auch für die Beurteilung, ob die beabsichtigte Vermögensbeschädigung thatsächlich eingetreten sei, nicht in Betracht kommen.

Ähnlich verhält es sich mit der Zustellung des Urteils. Auch durch sie wird ein definitiver Rechtszustand in keiner Weise geschaffen, sie setzt nur die Berufungsfrist in Lauf; mit ihr tritt an die Partei die Nötigung heran, sich darüber schlüssig zu machen, ob eine An-

fechtung des ergangenen Urteils unternommen werden soll, oder nicht. Wenn also ein Urteil auf dem betrügerischen Vorgehen einer Partei beruht, z. B. auf dem wissentlichen Gebrauch einer gefälschten Urkunde, durch welche ein Rechtsthatbestand erwiesen wurde, so ist mit der Zustellung die Nötigung zu der Überlegung gegeben, ob auf Grund der Vermutung, dass die Urkunde unecht sei, eine Anfechtung stattfinden soll. Findet letztere statt, so kommt die Sache zur Weiterverhandlung vor die Berufungssinstanz, die erst ihrerseits die definitive Regelung herbeiführen wird. Unterliegt aber der Gegner selbst der Täuschung, hält er also selbst die produzierte Urkunde für echt, so wird er eine Berufung für aussichtslos halten und ein Rechtsmittel nicht einlegen; auch in diesem Fall ist der massgebende Zeitpunkt nicht die Zustellung, sondern der Ablauf der Einlegungsfrist, der sich zugleich als Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils darstellt.

Hiernach ist also der Moment der Rechtskraft des Urteils der für die Vollendung entscheidende; jetzt erst äussert dasselbe seine vermögensschädigende Wirkung gegenüber dem Prozessgegner. Denn durch die Rechtskraft erfolgt die definitive Regelung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen; die novierende Kraft des Urteils absorbiert die ganze in judicium deduzierte Rechtsmaterie, sodass nicht mehr auf die materiellen Grundlagen der früheren Rechtsbeziehungen zurückgegriffen werden kann. Eine nochmalige Klage in derselben Rechtssache ist leicht mit der exceptio rei judicatae zurückzuweisen. Die Schädigung des Prozessgegners ist sonach normaler Weise mit der Rechtskraft des Urteils gegeben; es ist also gleichgültig, ob dasselbe auch zur Vollziehung gelangt, sei es durch freiwillige Leistung, sei es durch Zwangsvollstreckung.

Ausnahmsweise ist jedoch bei einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil auch der Fall möglich, dass der Gläubiger vor Eintritt der Rechtskraft seine Ansprüche realisiert, indem er seine Forderung durch Zwangsvollstreckung beitreibt. Hier erfolgt die Vermögensbeschädigung, bevor das Urteil rechtskräftig geworden ist. Diese Besonderheit der für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile kann dahin normiert werden: Macht der Gläubiger von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Gebrauch, so ist der Betrug mit der — freiwillig oder unfreiwillig — erfolgten Leistung vollendet, macht er keinen Gebrauch von derselben, so tritt die Vollendung des Betrugs, wie sonst, mit der Rechtskraft des Urteils ein.

Für die Feststellung, ob versuchter oder vollendeter Betrug vorliege, ist ferner von Bedeutung, ob die Vermögensschädigung die Folge einer Täuschung des Richters, oder einer Täuschung des Prozessgegners ist. Nehmen wir z. B. an, es stelle jemand wider besseres Wissen und in gewinnsüchtiger Absicht eine Klage an, in deren Verfolg er durch sein unwahres Verhalten den Richter über den wahren Sachverhalt mittels Beweise zu täuschen versucht. Im konkreten Fall sei ein Betrug nur durch Täuschung des Richters möglich, eine Täuschung des Prozessgegners sei ausgeschlossen, weil die vorgebrachten Unwahrheiten sich auf Thatsachen beziehen, die im Wahrnehmungsbereich des Gegners liegen, über die dieser also nicht getäuscht werden kann. Der letztere verfügt nun, weil er seine Klage aus irgend welchem Grund nicht für durchführbar hält, zu seinem Nachteil und entsprechenden Vorteil des Anderen, indem er den geltend gemachten Anspruch anerkennt, oder seine Klage fallen lässt. Liegt hier vollendeter oder bloss versuchter Betrug vor? Allerdings ist vollendete Vermögensbeschädigung eingetreten, was auf vollendeten Betrug schliessen liesse; es ist aber trotzdem nur versuchter Betrug zu statuieren, und zwar aus folgenden Gründen:

Der Fall ist ausschliesslich in der Richtung zu untersuchen, ob durch Täuschung des Richters die Vermögensbeschädigung stattfand, da der Prozessgegner überhaupt nicht getäuscht werden konnte. Der Richter ist aber nicht getäuscht, sondern es wurde bloss der Versuch einer Täuschung desselben gemacht, was bloss versuchten Betrug begründet. Die thatsächlich eingetretene Vermögensbeschädigung ist unabhängig hiervon als ein freiwilliger Verzicht des Gegners anzusehen.

Anders, wenn ein Betrug durch Täuschung der Gegenpartei möglich ist. Alsdann liegt schon vollendeter Betrug vor, wenn die Partei auf das unwahre Verhalten des Gegners hin seine Klage zurücknimmt oder seine Einreden fallen lässt, ohne dass es zur richterlichen Entscheidung gekommen ist, weil angenommen werden muss, dass das unwahre Vorbringen die Gegenpartei zur Zurücknahme veranlasst hat und sonach die eingetretene Vermögensbeschädigung sich als Folge des durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums darstellt.

Es wäre ungerecht, wenn die C.P.O. gegen ein durch Betrug erlangtes Urteil nicht die Hülfe einer nochmaligen Sachuntersuchung gewähren würde, durch welche der Benachteiligte auf Grund der

veränderten Sachlage die Aufhebung des früheren Urteils und Ersetzung desselben durch ein anderes erlangen könnte. Um einer solchen Ungerechtigkeit zu begegnen, gewährt die C.P.O. in § 543 No. 4 den durch ein solches Urteil Geschädigten die Restitutionsklage. Voraussetzung derselben ist lediglich, dass eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt ist, und dass ohne die strafbare Handlung (Betrug) nicht im Sinn des angefochtenen Urteils entschieden worden wäre.

(14)

Wille und Erfolg

in der

Versuchslehre.

Von

Dr. jur. Karl Klee.

BRESLAU 1898.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

VORWORT.

Gern übergebe ich diese Schrift meines begabten Schülers mit einem Geleitworte der Öffentlichkeit. Ich bin zwar nicht mit allen Ausführungen einverstanden, finde aber durchweg, dass der Verfasser nicht nur nach einer höheren gereifteren Auffassung der strafrechtlichen Probleme ringt, sondern fast durchweg die Theorie durch entsprechende fruchtbare Gesichtspunkte bereichert.

Die Hervorhebung des Erfolgs im Strafrecht, im Gegensatz zu der recht einseitigen, fast weichlichen Anschauung, die dahin neigt, gleichen Willen stets gleich zu behandeln, ist ebenso richtig, wie gerade in unserer Zeit angebracht; obgleich wir nicht mehr zu fürchten brauchen, dass noch heutzutage die formale Unbotmässigkeits-, Ungehorsams-, Normwidrigkeitstheorie irgendwie eine erhebliche Rolle spielen wird. Nur der kann das Bild der Gerechtigkeit richtig erfassen, welcher erkennt, dass auch sie in Verbindung steht mit der Weltregierung und mit dem ernsten Verhängnis, das uns alle umschliesst. Das Verhängnis wirft seine Schatten in das Menschenleben hinein, und diese muss die Gerechtigkeit mitberücksichtigen: denn die Gerechtigkeit hat es nicht mit der Seele des Thäters zu thun, sondern mit dem, was der Mensch der Welt ist, mit seinem Thun und Treiben; und wenn unser Recht auch strafrechtlich die Haftung für unverschuldetes Thun abgestreift hat (Kasualdelikt), so giebt es im Kreis des verschuldeten Thuns zahlreiche Stellen, wo das Verhängnis, das man Zufall nennt, glück- und unheilbringend zu Tage tritt. So namentlich auch, was den Rücktritt vom Versuch betrifft: ein Moment Verspätung, und der Thäter ist dem Schaffot verfallen. Mit Recht hebt der Verfasser hervor, dass auch der

Thäter, der freiwillig zurückgetreten wäre, der Strafe offen steht, wenn im Moment, wo sein freiwilliger Rücktritt sich ins Werk gesetzt hätte, Umstände zutreffen, welche den Rücktritt äusserlich motivieren und dadurch zu einem unfreiwilligen machen.

Im übrigen ist es eine sinnige Idee und für viele Fälle belehrend, obwohl keineswegs erschöpfend, wenn der Verfasser den freiwilligen und unfreiwilligen Rücktritt auf das Unterscheidungsmerkmal zurückführt, dass es im einen Fall zukünftige, im anderen gegenwärtige Umstände seien, die den Thäter bestimmten. Mehr oder minder wird das häufig zutreffen: das Zukünftige ist im Geiste des Thäters, das Gegenwärtige ist in der realen Welt; der Unterschied kann mindestens ein Fingerzeig für die Praxis sein und ist darum verdienstlich.

Sodann entwickelt der Verfasser den Unterschied zwischen dem Versuch am untauglichen und dem Versuch am nicht vorhandenen Objekt. Diesem Unterschied ist Realität nicht abzusprechen. Es ist in der That etwas anderes, ob jemand seine eigene Sache wegnimmt in der Meinung, dass sie eine fremde Sache sei, oder ob er eine fremde Sache stehlen will, die nicht oder nicht mehr oder nicht am betreffenden Orte vorhanden ist. Die letztere Inkongruenz betrifft das Verhältnis zwischen Absicht und Wirklichkeit, die erstere betrifft nur die Rechtstellung der Sache, bezüglich deren im übrigen Absicht und Wirklichkeit zusammentreffen. Dieser Unterschied bedarf vom Standpunkte der richtigen Theorie noch der Weiterentwickelung, zu welcher ich hiermit Anregung geben möchte.

Denn die richtige Theorie ist es nicht, wenn der Verfasser annimmt, dass beim Versuch am nicht vorhandenen Objekt Straflosigkeit eintrete. Vollkommen einverstanden bin ich, dass die Rechtsordnung nur der vorhandenen Güterwelt ihren Schutz gewährt; aber dieser Schutz ist ein Schutz der Güterwelt in der Gesamtheit, der dann per consequentiam auch das einzelne Gut betrifft, er ist nicht ein Schutz eines jeden einzelnen Rechtsgutes in concreto. Die Güterwelt als Gesamtheit kann aber auch dann im höchsten Grade gefährdet werden, wenn sich ein Verbrecher im Umkreis der Gesamtheit gegen ein nicht vorhandenes Gut kehrt. Wenn ich als Hüter meines Hüteramtes walten soll, ist es da kein Eingriff in meine Sphäre, wenn sich jemand in das Hütungsgebiet einschleicht, um mitten im Kreise dieses Hütungsgebietes eine Sache zu stehlen, die nun zufälligerweise bereits abgeholt oder — von einem andern gestohlen worden ist? Wird dies

nicht meine Unruhe erregen, das Gefühl der Sicherheit mindern, mein Hüteramt diskreditieren? Und ist die Rechtsordnung nicht eine solche Hüterin der Güterwelt? Sollte sie dabei unempfindlich bleiben, wenn hier die Frevler eindringen und wieder davongehen, weil sie nicht finden, was sie suchen?

Richtig ist allerdings, dass der Plan des Verbrechers auf ein konkretes Gut gerichtet sein muss; der Plan, die Güterwelt im allgemeinen zu schädigen, hätte keine kriminelle Bedeutung — natürlich, die konkrete That verlangt die Richtung nach dem Konkreten. Ist aber ein solcher konkreter Plan gegeben, so muss es auf der anderen Seite genügen, wenn die Rechtsordnung im Bereich ihrer Gütergesamtheit gestört und geschädigt wird, auch wenn das konkrete Rechtsgut nicht vorhanden ist, auf das der Plan ging.

Die konkrete Natur der Sache als Voraussetzung des verbrecherischen Planes postuliert nicht eine konkrete Natur der Sache als Voraussetzung des faktischen Eingriffs in das Bereich der Rechtsordnung.

Die entgegengesetzte Theorie muss denn auch sofort die konkrete Natur des vom Verbrechen betroffenen Objektes zu einem Abstraktum verflüchtigen, wenn es sich um einen Diebstahl handelt, der in Ermangelung der gestohlenen Sache beim Versuche bleibt. Dass man den Taschendieb bestrafen muss, wenn er in eine Tasche greift und sie leer findet, ist unzweifelhaft. Um nun in diesem Fall die Strafbarkeit zu rechtfertigen, versucht die entgegengesetzte Theorie ein durch die That berührtes wirkliches Objekt herauszufinden: dieses sei allerdings nicht die gesuchte Sache, die ja nicht existiert, wohl aber die Eigentumssphäre der Person. Allein eine Eigentumssphäre, hinter der kein greifbares Eigentumsstück liegt, ist ebenso ein Abstractum, wie die Lebenssphäre einer Person, die nicht am Baumstamm steht, auf den man zielt, sondern 100 Schritte davon. Dass die Eigentumssphäre häufig durch Umschliessungsvorrichtungen und dergl. noch besonders markiert ist, kommt nicht in Betracht; dies ist ja für den Thatbestand des Diebstahls in keiner Weise wesentlich: mir kann auch eine Sache gestohlen werden, die ich im Walde zurückgelassen habe, und jedenfalls ist ein Unterschlagungsversuch in dieser Weise möglich oder ein Versuch der Sachbeschädigung.

Und fürwahr, soll es Versuch der Sachbeschädigung sein, wenn ich die Kuh des X im Dunkeln wähne und auf sie schiesse, und nicht

Versuch des Mordes, wenn ich den Herrn X selbst im Dunkeln vermeine und schiesse? Soll es Diebstahlversuch sein, wenn ich vermeine, dass in einem Stück Erde (dessen Wegnahme sonst höchstens Plaggenfrevel wäre) ein fruchtbarer Keim von grossem Werte eingelegt ist, und soll es nicht Abtreibungsversuch sein, wenn das Weib Abortionsmittel anwendet, während es nicht schwanger und das in ihrem Schoss verborgene Leben noch latent ist?

Indem ich noch darauf hinweise, dass meine Theorie neuerdings in Saleilles einen scharfsinnigen Verteidiger gefunden hat, [1]) schliesse ich die Vorrede und empfehle die bemerkenswerte, anregende und gehaltreiche Schrift meines Schülers aufs beste.

Berlin, im November 1897.

J. Kohler.

[1]) Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable (Extrait aus der Revue pénitentiaire 1897) p. 34 f. Anderer Ansicht allerdings Oetker in der Z. f. Strafrechtwissenschaft XVII S. 55 f. (vom Standpunkt der Normentheorie aus).

INHALT.

Seite

Einleitung 1

Kapitel I.

Das Wesen des Versuchs 2

Kapitel II.

Der kriminelle Versuch insbesondere 8

Kapitel III.

Der Rechtsgrund der Versuchsstrafe 12

Kapitel IV.

Die Grenze des strafbaren Versuchs 15

Kapitel V.

Der untaugliche Versuch im allgemeinen 23

Kapitel VI.

Der sogenannte Versuch am untauglichen Objekt 26

Kapitel VII.

Der Versuch mit untauglichen Mitteln 30

Kapitel VIII.

Der Versuch am nicht vorhandenen Objekt 37

Kapitel IX.

Vom Rücktritt 43

Kapitel X.

Die relative Strafbarkeit des Versuchs 52

Rückblick 63



EINLEITUNG.

Das Wesen des menschlichen Willens ist das Streben nach einem in der Zukunft liegenden Erfolge, von dessen Erreichung das Individuum sich Lust verspricht, äussere sich nun dieses Streben im leise aufdämmernden Wunsch oder heftiger Begierde, zagendem Erwägen oder festem Entschluss, im Gedanken oder in der That.

Das Kind, das seinen Ball in die Luft wirft, um ihn wieder aufzufangen, der Kandidat, der vor dem Examen, der Feldherr, der vor der Schlacht steht, der Gelehrte, der sich mit der Lösung eines wissenschaftlichen Problems abmüht — sie alle haben einen Erfolg vor Augen, von dessen Eintritt sie eine gewisse Befriedigung erwarten, ob sie diesem Erfolg nun mit stoischer Gelassenheit oder fieberhafter Ungeduld entgegensehen.

Je intensiver auf der einen Seite das Trachten nach dem Erfolge ist, und je weiter auf der anderen Seite das Vollbringen hinter dem Wollen zurückbleibt, je mehr m. a. W. der Handlung Versuchscharakter anhaftet, desto grösser ist die Unlust, die aus dem Streben nach Lust entspringt, desto cynischer klingt das ironische Wort aus dem Munde des Schicksals:

„Ut derint vires, tamen est laudanda voluntas."

Solange der Gedanke nur Gedanke geblieben ist, sich noch zu keinem Bruchteil in die That umgesetzt hat, kommt das Streben des Willens für die Aussenwelt nicht in Betracht, sie bleibt unberührt von ihm. Doch, sobald der Wille einen Fuss in die Aussenwelt gesetzt hat, sobald er beginnt, sich zu objektivieren, beschäftigt sich die Objektivität mit ihm: Ihr Interesse hält sich selbst dann wach, wenn

der Wille sein Ziel nicht erreicht, über den „Versuch" nicht hinauskommt.

Der Versuch setzt begrifflich voraus:

1. Handlungen, die auf einen bestimmten Erfolg gerichtet sind.
2. Nichterreichung dieses Erfolges.

Beide Momente sind jedem Versuch wesentlich, mag er strafbar oder strafrechtlich irrelevanter Versuch sein. Denn der Begriff des Versuchs ist ebensowenig wie die Begriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit es sind, eine Erfindung des Strafrechts. Das Strafrecht hat den Versuchsbegriff dem gemeinen Leben entnommen; es hat ihn gleichwie den Vorsatz und die Fahrlässigkeit bereits vorgefunden und für seine Zwecke benutzt, ihn entsprechenden Modifikationen unterwerfend. Auch im Gebiete des rechtlich irrelevanten Handelns können „untaugliche Mittel" angewandt werden, ist ein „Versuch am untauglichen Objekt" möglich, existiert eine dem „délit manqué" analoge Erscheinung: Ich versuche vergeblich, mit stumpfem Messer einen Bleistift anzuspitzen, schlage nach dem Schatten eines Tisches, den ich für den festen Tischkörper halte, schiesse nach einer Zielscheine und treffe daneben.

Wie ich sowohl eine fremde als meine eigene Sache vorsätzlich oder fahrlässig beschädigen kann.

Kapitel I.

Das Wesen des Versuchs.

Der Versuch ist der Gegensatz zur Vollendung. Als Gegensätze schliessen sich Versuch und Vollendung begrifflich aus, wenn sie sich auch thatsächlich oft nahe berühren.

Mit der Vollendung ist das Ziel des Thäters erreicht, beim Versuch liegt es noch vor ihm. Ein mit Erfolg gekrönter Versuch ist juristisch ein Widerspruch. Ein Versuch ist nie mit Erfolg gekrönt.

Sobald die That die Schwelle zur Vollendung überschritten hat, ist für den Versuch kein Raum mehr. Dieser selbstverständliche Satz wird im Kapitel vom „Versuch am untauglichen Objekt" wichtig werden.

Nur solche Handlungen, in Sonderheit nur solche Verbrechen, lassen den Versuchsbegriff zu, welche sich aus mehreren physischen Akten zusammensetzen. Bei denjenigen Delikten, die bereits durch

die erste physische Handlung notwendig konsumiert werden — Romagnosi[1]) nennt sie die „einfachen" Verbrechen im Gegensatz zu den „zusammengesetzten", aus mehreren einzelnen physischen Handlungen bestehenden Verbrechen — bei den „einfachen" Delikten ist ein Versuch undenkbar z. B. bei der Verbalinjurie. Auch hier lassen sich freilich eine Reihe aufeinanderfolgender Bewegungen konstatieren: Das Mundöffnen, die der Ausstossung des Worts vorhergehende Stellung der Lippen u. s. w., aber diese Bewegungen sind flüchtig und schwer verfolgbar, sie stellen für den Beobachter zusammen mit der Haupthandlung eine Einheit dar. Von eigentlichem Versuch spricht man bei solchen Übergangsbewegungen nicht. Der „innere" Conat, wie man diese Erscheinung benennt, weil sie der Sphäre der Gedankenwelt noch sehr nahe liegt und als selbständige Handlung für die Objektivität nicht in Betracht kommt, wird vom Strafrecht ignoriert.

Jedes vollendete „zusammengesetzte" Verbrechen ist, so zu sagen, einmal Versuch gewesen, wie jeder partus perfectus einmal Embryo, jede erblühte Rose einmal Knospe gewesen ist. Weil das Verbrechen zur Vollendung gekommen ist, so ist das Versuchsstadium für die Aussenwelt nicht sichtbar geworden. In jedem konsumierten Verbrechen sind gewissermassen alle Versuchsarten vom „entfernten" bis zum „nächsten" Versuche enthalten. Wer ein Verbrechen begangen hat, hat es auch versucht, nur, dass der Versuch als solcher nicht in die Erscheinung getreten ist, vor der Vollendung erstickt ist. Jedes vollendete Verbrechen hat ein Stadium durchlaufen, wo es objektiv ungewiss war, ob es zur Vollendung auswachsen oder ob es Versuch bleiben würde.

Die versuchte verbrecherische Handlung gleicht der Knospe, die der Frost am Aufblühen gehindert hat, dem Embryo, der nicht zur Menschwerdung gelangt ist.

Versuch ist ein negativer Begriff. Er bedeutet die Nichterreichung eines erstrebten Erfolges. Ein nicht in Handlung umgesetzter Überschuss von Willenskraft, ein Plus des Willens im Verhältnis zum Erreichten ist dem Versuch wesentlich. Nur dann liegt Versuch vor, wenn die Absicht des Thäters mehr umfasst, als die Handlung repräsentiert. Einen Versuch eines geringeren Willeninhaltes giebt es nicht.

[1]) Genesis des Strafrechtes, übersetzt von Luden, Teil II, § 670.

Während bei der vorsätzlichen vollendeten Handlung Erfolg und Wille in der Regel korrespondieren, sind beim Versuch beide durch eine weite Kluft getrennt. Auch bei der vollendeten Handlung kann jedoch ein Missverhältnis zwischen Wille und Erfolg Platz greifen, indem, umgekehrt wie beim Versuch, das Gewirkte dem Gewollten gegenüber ein Plus darstellt: Körperverletzung ist gewollt, nicht das nachfolgende Siechtum des Verletzten; Notzucht, aber nicht der Tod der Genotzüchtigten. Auch hier spricht man von vollendeter Handlung. Lässt man indes nur gelten, was wirklich gewollt d. h. als gewollt ins Bewusstsein des Thäters aufgenommen ist, so muss man bei den in Rede stehenden Fällen entweder den den Willensinhalt überbietenden Erfolg als durch Fahrlässigkeit verursacht ansehen, oder ein „plusquamperfectum" annehmend, — wobei unter „perfectum" das dem Willen gemäss Geschehene zu verstehen wäre, — das plus von der Zurechnung ausschliessen.

Alle Handlungen lassen sich nach dem Verhältnis des Willens zum Gewirkten in drei Gruppen einteilen:

I. Solche Handlungen, bei denen Wille und eingetretener Erfolg sich entsprechen. Das sind die vorsätzlichen Handlungen i. e. S. Es geschieht nicht mehr, als gewollt ist, und es ist nicht mehr gewollt, als geschieht. Der Wille schaut sein getreues Abbild im Spiegel der durch ihn verursachten That, sie ist ein Stück von ihm. Von Anfang war ihm der Erfolg vertraut, gleichviel ob er ihn heiss ersehnt oder gleichgültig erwartet hat.

II. Solche Handlungen — wir werden dieser Gruppe im letzten Kapitel wiederbegegnen — bei welchen der eingetretene Erfolg gegenüber dem Willensinhalt ein Mehr darstellt. Hierunter fallen:

a) Die vorsätzlichen Handlungen i. w. S.: So nennen wir die Handlungen, deren Erfolg wir oben als „plusquamperfectum" bezeichneten. Die Handlungen, bei denen ein gewollter Erfolg eingetreten ist, ausserdem aber noch ein nicht ins Bewusstsein des Thäters aufgenommener, sei es in causaler oder rein zufälliger Anknüpfung an den gewollten Erfolg sich anschliessender Erfolg, wie bei der gewollten Körperverletzung das nachfolgende Siechtum, der gewollten Abtreibung der Tod der Schwangeren u. s. f.

Bei diesen Handlungen wird der Wille nur insoweit Lust empfinden, als der Erfolg seinem Inhalt homogen ist; darüber hinaus

wird er die That als eine ihm fremde betrachten und die Verantwortlichkeit dafür ablehnen. Billigt er auch hinterdrein den nicht gewollten Erfolg, erkennt er auch seine moralische Vaterschaft an, die juristische wird er verleugnen. Es geht ihm wie dem Gaste, der eine halbe Portion bestellt hat und eine ganze vorgesetzt bekommt: Das Zuviel weist er von sich.

Ferner gehören unter diese zweite Gruppe:

b) Die fahrlässigen Handlungen: Hier ist das Plus des Erfolges über den Willen noch weit augenfälliger als bei den unter a) aufgeführten Handlungen. Bei den fahrlässigen Handlungen ist der Willensinhalt mit Bezug auf den Erfolg gleich Null. Der Wille ist ein unbeschriebenes Blatt. Der Anblick eines vor einer fahrlässigen Handlung Stehenden fordert einerseits mit Rücksicht auf den drohenden Erfolg den Vorwurf heraus; andrerseits flösst er Mitleid ein wie der eines Kindes, das ahnungslos am Abgrund spielt. Als etwas völlig Fremdes tritt der Erfolg plötzlich vor den Willen und verlangt grausam und rücksichtslos, sich zu ihm zu bekennen. Der Wille war blind, er ist vom Erfolg überlistet. Dass er sich hat überlisten lassen, ist seine „Schuld".

Den Gegensatz zur zweiten Gruppe bilden die Handlungen, bei denen der Erfolg im Vergleich zum Willen ein Minus aufweist:

III. Die Versuchshandlungen, denen ein Nichtbefriedigtsein, ein Nichtsattwerden des Willens eigen ist. —

Die im Thäter durch das Gewirkte erzeugte Empfindung ist bei den drei gekennzeichneten Arten von Handlungen durchaus verschiedener Natur:

Die vorsätzlichen Handlungen i. e. S. — die Handlungen der I. Gruppe — bringen dem Thäter vollkommenste Befriedigung ein. Er wägt den Inhalt seines urheberischen Willens und die verursachte Handlung ab und konstatiert das Gleichgewicht. Er verspürt eine innere Genugthuung darüber, dass ein Stück seines Wesens in der Objektivität wirklich geworden ist, und dass diese Objektivität mit seinem objektivierten Ich, eben weil es objektiviert ist, rechnen muss — er fühlt den Reiz des Erheblichgewordenseins.

Ganz anders wirkt der eingetretene Erfolg auf den Thäter bei den Handlungen der II. und III. Gruppe. Ist es bei den einen ein Zuviel, ist es bei den andern ein Zuwenig, welches den Thäter quält.

Wille und Erfolg halten sich nicht die Waage: Hier sinkt die Schale des Erfolges, dort die des Willens. Missmut bemächtigt sich der Seele des Thäters ob dieser Disharmonie, wie bei den fahrlässigen — wozu wir auch die vorsätzlichen i. w. S. rechnen — so bei den Versuchshandlungen.

Im einzelnen unterscheiden sich jedoch wieder die Gemütszustände eines, der fahrlässig gehandelt, und eines, der eine That versucht d. h. sein Ziel nicht erreicht hat, merklich von einander:

Während der fahrlässig Handelnde geneigt sein wird, die Verantwortlichkeit für das Geschehene ganz oder zum Teil abzulehnen und auf den Zufall zu schieben, dafür aber wenigstens die tröstende Genugthuung hat, Urheber einer für die Aussenwelt in Betracht kommenden Veränderung zu sein, einen „Erfolg“, eine Wirkung auf dem Gewissen zu haben, wird der Thäter beim Versuch an sich seine Urheberschaft zwar nicht abstreiten, falls ihn nicht andere Motive, wie Furcht vor Strafe u. s. w. dazu veranlassen, aber es wird ihm wehe thun, dass er nichts erreicht oder vielmehr nicht mehr erreicht hat. Über das Erreichte wird er sich nicht freuen können: Denn es ist ein Torso, ein bleibendes Denkmal seiner Ohnmacht, an welche der Mensch am wenigsten erinnert, auf welche er am wenigsten hingewiesen sein will. In der Erinnerung eines Jeden giebt es keine peinlicheren Situationen als die, wo etwas, was man sich fest vorgenommen, an der eigenen Schwäche oder Ungunst der Verhältnisse scheitert.

Eine gewisse Beschämung überkommt den, dessen Handlung im Versuchsstadium stecken geblieben ist. Hier, bei der Versuchshandlung, ist die Unlust des Willens am stärksten: Es fehlt das den vorsätzlich Handelnden belohnende, den fahrlässig Handelnden beschwichtigende Bewusstsein, einen Erfolg in die Welt gesetzt zu haben, erheblich geworden zu sein.

Tagtäglich können wir diese Erscheinung beobachten. Das Kind, das genascht hat, nimmt seine Schläge hin, sich damit tröstend, dass es doch wenigstens nicht umsonst gezüchtigt wird, etwas vom Naschen gehabt hat, Hat es aus Unachtsamkeit eine kostbare Vase umgestossen, so hat es wenigstens etwas verursacht, wird sich am Ende gar damit brüsten, dass seine kleine Person einen so wertvollen Gegenstand zerbrochen hat. Ein Kind aber, dass sich dabei hat ertappen lassen, wie es gerade die Hand zum Naschen ausstreckte, wird grosse Unlust

darüber verspüren, dass der Versuch missglückt ist. Die Scham über das Gethane wird durch die Nichterfüllung des Erfolges erhöht.

Das fühlbarste Missbehagen, die ärgste Enttäuschung des Willens stellt sich ein bei dem sogen. „Versuch mit absolut untauglichen Mitteln", dessen Betrachtung dem Kapitel VII vorbehalten ist. Das Missverhältnis zwischen Wollen und Vollbringen ist hier am deutlichsten. —

Als das Wesen des Versuchs ergiebt sich uns die in einer Handlung ausgedrückte Beziehung des Willens zu einem in der Zukunft liegenden Erfolge, welcher hernach nicht eintritt.

Die Richtung des Willens auf diesen Erfolg ist es, welche der an sich vielseitigen Handlung ihre ausschliessliche Bedeutung verleiht. Durch die Absicht des Thäters empfangen an sich rechtlich irrelevante Körperbewegungen kriminellen Charakter. „Der Schade, der gewusst und gewollt mit der Ausübung des Verbrechens zusammenhängt, ob er gleich noch in der Zukunft liegt, giebt der Versuchshandlung im Voraus einen kriminellen Charakter, ohne dass es darauf ankäme, wie die Handlungen an sich beschaffen sind", lesen wir bei Romagnosi.[1])

Der Zweck bestimmt den Charakter einer Handlung. Wie der Zweck das Mittel heiligt, so entheiligt er's auch. An sich böse Handlungen wirken im Dienste eines guten Zweckes gut, z. B. die Tötung eines, der selbst getötet hat. Die Verwerflichkeit des Zweckes macht aus sittlichen Handlungen unsittliche: Ein Wohlthäter, der nur darum wohlthut, um seinen Schützling desto sicherer zu verderben, ist kein Wohlthäter, sondern ein Verräter.

Man bewege einen Gegenstand, mag er weiss oder schwarz sein, grünem bengalischen Lichte entgegen, so wird seine Farbe grün erscheinen, bei roter Beleuchtung rot. So wirft auch der in der Zukunft liegende Zweck, der dem Thäter vorschwebende Erfolg, sein Licht auf die Handlungen und verleiht ihnen entsprechende Färbung. Eine Leiter an ein Haus setzen und daran emporsteigen kann man zu sehr verschiedenen Zwecken: Will ich lediglich nachsehen, ob oben auf dem Dache die Regentraufe in Ordnung ist, so thue ich eine von praktischer Sorgfalt zeugende Handlung. Dasselbe Hinaufsteigen wird eine edle That, wenn ich die Insassen des oberen Stockwerks aus Feuersflammen retten will. Und eine verbrecherische Handlung ist es, wenn ich durch das Fenster einsteige, um die Bewohner zu bestehlen oder ein Frauen-

[1]) l. c. § 718.

zimmer zu entführen. Die Entblössung einer Frauensperson kann zum Zwecke einer ärztlichen Operation, einer Realinjurie, der Notzucht geschehen. Qui iniuriae causa, heist es in l. 54 Dig. de furtis 47, 2 ianuam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti: nam maleficia voluntas et propopitum delinquentis distinguit.

Die Absicht lässt gleichfalls massgebend sein l. 1. § 2 de furtis eod.: Si is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita si intercipiendi causa occultavit — nicht z. B. wenn er nur chikanös das Depositum verleugnet.

In ihrer Relativität d. h. in ihrer Qualität als Mittel zu einem Zweck, in ihrer Beziehung zum erstrebten Erfolge liegt der Wert oder Unwert einer Handlung begründet. Ihre Beurteilung hängt von der mit ihr verbundenen bezw. über sie hinausgehenden Absicht des Thäters ab. Dies zeigt sich auch beim sogen. „qualifizierten Versuch". An sich nämlich, absolut, d. h. ohne Beziehung zum thäterischen Willen, kann das Gewirkte vollendetes Delikt sein, während es, in Bezug zum eigentlichen Willen des Thäters gesetzt, nur der unvollkommene Ausdruck eines auf ein Mehr gerichteten Strebens d. h. Versuch ist: Ich will jemanden töten, ich verletzte ihn bloss. Die Verletzung ist, an sich betrachtet, ein vollendetes Delikt; im Verhältnis zum Gewollten ist sie versuchte Tötung. Die Verletzung ist als Verletzung nicht gewollt; sie ist nur insofern mitgewollt, als die Tötung gewollt ist: Nicht als selbständige Handlung, sondern als Bestandteil des Tötungsaktes ist die Körperverletzung gewollt. Die Verletzungsabsicht geht im Tötungszweck auf. Daher wird der Thäter nicht wegen vollendeter Körperverletzung, sondern wegen versuchter Tötung gestraft.

Kapitel II.

Der kriminelle Versuch insbesondere.

Da, wie wir im vorigen Kapitel sahen, dem Versuche die Richtung auf einen Erfolg wesentlich ist, so folgt, dass er durch das Dasein eines Vorsatzes bedingt ist, als welcher allein ihm die ihm wesentliche Richtung auf den Erfolg geben kann.

Ausscheiden muss daher der Begriff der Fahrlässigkeit, welche gerade darin ihr Wesen hat, dass der Handelnde vom Erfolg über-

rascht wird, statt ihn, wie der vorsätzlich Handelnde, vorauszusehen. Während es dem vorsätzlich Handelnden zur Schuld angerechnet wird, dass er den Erfolg in seine Vorstellung aufgenommen und trotzdem gehandelt hat, erwächst dem Fahrlässigen umgekehrt der Vorwurf daraus, dass er gehandelt hat, ohne den mit der Notwendigkeit des Naturkausalismus eintretenden Erfolg in's Auge zu fassen.

Der Versuchsbegriff setzt voraus, dass der Thäter einen Zweck habe. Da dieser bei der fahrlässigen Handlung fehlt, so giebt es keinen Versuch einer fahrlässigen Handlung. Zum Teil befürwortet die Doktrin die Möglichkeit des Versuchs eines Fahrlässigkeitsdelikts, davon ausgehend, dass der strafrechtliche Versuchsbegriff nur durch den Gegensatz des vollendeten Verbrechens charakterisiert werde, dass alles das „versucht“ sei, was nicht vollendet sei.[1]) Das culpose Verbrechen, dem gleichfalls eine Bestimmung des Begehrungsvermögens zu Grunde liege, könne kein „vollendetes“ sein, wenn man nicht die Möglichkeit eines Anfangs oder Versuchs einräume: So argumentieren heisst die subjektive Seite des Versuchs, das ihm eigentlich Wesentliche, völlig vergessen, das Wesen des Versuchs in eine rein äusserliche, formelle Eigenschaft des Verbrechens, nämlich die, dass es objektiv noch nicht vollendet ist, setzen, wie es Buri[2]) thut, der den Satz ausspricht: „Das an und für sich bedeutungslose Niederwerfen einer Frauensperson erhält durch die Absicht, hierdurch eine Notzucht, einen Raub u. s. w. zu ermöglichen, gerade sowenig eine selbständige objektive Bedeutung als ein auf dem Zimmerplatz liegender Baumstamm, welcher zum Zweck der Anbauung eines Hauses zugerichtet wird, hierdurch schon die Qualität eines objektiven Bestandteiles des Hauses empfängt.“

Allerdings erleidet unser subjektives, dem Wesen des Versuchs entsprechendes Prinzip eine notwendige Modifikation durch die Objektivität des Strafrechts. Lediglich von der durch Buri gänzlich ignorierten Absicht des Thäters hängt es nicht ab, ob Versuch oder Vollendung vorliege. Versuch im Sinne des Strafrechts liegt nicht vor, wenn die Handlung, welche in den Augen des Thäters blosser Versuch ist, weil sie ihm den bezweckten Erfolg nicht gebracht hat, kriminell ein vollendetes Verbrechen ist. Von der Sondererscheinung des „qualifizierten“ Versuchs reden wir hier nicht.

---

[1]) So Hepp, Versuche über einz. Lehren der Strafrechtswiss. S. 259 f.

[2]) Goltd. Archiv Bd. 25, S. 266 „Über das Wesen des Versuchs.“

Der von Lelièvre in seiner „commentatio ad quaestionem Juridicam“ [1]) citierte B. A. Wintgens unterscheidet eine „definitio theoretica“ und eine „definitio practica sive legalis“ des conatus: Einen Versuch „sensu theoretico“ begeht, wer den gewollten Erfolg nicht erreichte. Wem es also nicht gelungen ist, die gestohlene Sache fortzuschaffen und in Sicherheit zu bringen, woran ihm in erster Linie lag, für den ist die Handlung nur versucht — im Sinne des Gesetzes ist sie vollendeter Diebstahl. Während nach dem Gesetz mit dem Beibringen des Giftes, mit dem Anzünden des Feuers das Verbrechen konsumiert ist, hat sensu theoretico, wer einen andern mittelst Giftes töten wollte, das Vergiftungsdelikt solange nicht vollendet, als das Opfer noch lebt, hat der Thäter, wenn der angelegte Brand entgegen seinem Willen nicht ausgebrochen ist, das Verbrechen der Brandstiftung nur versucht. Wenn ein Verbrechen Mittel zum Zweck eines anderen Verbrechens ist, für dessen subjektive Anschauung stellt sich die erste vollendete That als Versuch der zweiten noch nicht vollendeten dar.

Es braucht nicht hervorgehoben zu werden, dass die subjektive thäterische Auffassung an der objektiv feststehenden Qualifikation der Handlung als Versuch oder Vollendung nichts zu ändern vermag. Ist doch auch die Existenz eines Verbrechens nicht davon abhängig, dass der Verbrecher seiner Handlung Verbrechenscharakter beilegt. Der Versuchsvorsatz geht analog dem Vorsatz des vollendeten Verbrechens auf eine Handlung, die im Sinne des Strafrechts verbrecherischer Versuch ist, nicht aber auf die Qualifikation der Handlung als verbrecherischer Versuch.

Kraft der dem Versuchswillen immanenten Beziehung zum Erfolg und der dadurch bedingten wesentlichen Verwandtschaft des Versuchs mit der vorsätzlichen vollendeten Handlung von der er sich, wie aus unserem I. Kapitel erhellt, nur quantitativ unterscheidet, ist der Versuch, was die subjektive Schuldseite anlangt, denselben Gesetzen wie die vollendete Handlung unterworfen. Wenn für die vorsätzliche vollendete Handlung der Hegel'sche Satz von der Objektivität gilt, welcher das Meinen und Dafürhalten des Individui über die objektiv ein für alle Mal feststehende Qualität seiner Handlungen für irrelevant erklärt, so gilt dieser Grundsatz auch für die versuchte Handlung.

[1]) Annales Acadamiae Lovaniensis 1824/25.

Auch im Reiche des kriminellen Versuchs herrscht der Satz „error iuris nocet.“ Auf der anderen Seite muss der error facti ebenso wie beim vorsätzlichen vollendeten Delikt auch im Gebiete des Versuchs schuldausschliessend sein. Je nachdem man weiter zum Begriff des Vorsatzes des vollendeten Deliktes verlangt oder nicht verlangt, dass der Thäter den Erfolg gewollt, ihn nicht bloss vorausgesehen habe, muss man dieses Erfordernis auch für den Versuchsvorsatz aufstellen resp. fallen lassen. Und giebt man dem dolus eventualis beim vollendeten Delikt Raum, darf man ihn auch nicht aus dem Gebiet des Versuches verbannen.

Nur dann — um den Faden unserer Betrachtung wieder aufzunehmen — haben wir gemäss dem das vollendete sowohl als das versuchte Delikt beherrschenden Prinzip von der Belanglosigkeit des kriminellen Rechtsirrtums den Versuch eines Verbrechens vor uns, wenn die Auffassung des Thäters von seiner Handlung als einer Versuchshandlung im objektiven Strafrecht begründet ist.

Dies und nicht mehr will Zachariae[1]) sagen, wenn er behauptet, der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung könne durchgreifend nur mit Rücksicht auf den Begriff des Verbrechens bestimmt werden. In diesem Sinne ist auch Wintgens zu verstehen mit seiner Definition des wahren, von ihm als „conatus sensu practico sive legali“ bezeichneten Versuchs, der gegeben sei, „quando facta a delinquente commissa nondum notioni delicti a lege propositae respondent i. e. cum omnes notae quam lex requirit ad delictum nondum adsunt“.

Mit Recht hält Lelièvre dieser Wintgens'schen Definition vom Versuch entgegen, sie sei mehr der „indoles legum positivarum“ als der „natura rei“ angepasst.

Die natura rei liegt aber beim Versuche in der Beziehung des Willens zu einem in der Zukunft liegenden Erfolge, der nicht eintritt. Und aus dieser natura rei allein lassen sich Folgerungen für die Versuchslehre ableiten, wie sich im weiteren Laufe der Abhandlung zeigen wird — so richtig es ist, dass, wenn ex sententia delinquentis krimineller Versuch vorliegt, dies noch nicht genügt, damit objektiv krimineller Versuch vorhanden sei: Eine sich aus der Objektivität des Strafrechts von selbst ergebende Korrektur des subjektiven Standpunktes.

---

[1]) Die Lehre vom Versuch der Verbrechen. Teil I S. 20.

Kapitel III.

Der Rechtsgrund der Versuchsstrafe.

Strafbar kann nur sein ein auf eine strafbare Handlung gerichteter Versuch. Wie jedem Versuche die Beziehung des Willens zu einem Erfolge wesentlich ist, so ist insbesondere dem strafbaren Versuche die Beziehung des Willens zu einem Erfolge, welcher den Thatbestand eines Verbrechens bildet, wesentlich. Der kriminelle Versuch stellt sich dar als ein unvollkommener Thatbestand eines Verbrechens. Daraus aber, dass die Strafe das Dasein sämtlicher Merkmale des Verbrechens zur Voraussetzung hat, würde an sich die Straflosigkeit des Versuchs folgen, als bei welchem nicht sämtliche Verbrechensmerkmale erfüllt sind. Bei dem „qualifizierten“ Versuch wäre dann nicht der Versuch, sondern das in ihm steckende vollendete Delikt zu strafen. Das Verbrechen ist etwas Unteilbares. Der Einwand: indem das Gesetz eine gewisse Handlung verbiete, verbiete es die ganze Handlung von Anfang bis zu Ende, also auch das Anfangen, den Versuch der Handlung, vergisst, dass das Wesen des Strafgesetzes nicht wie Binding lehrt, in der Verbotsnorm, sondern in der Strafdrohung besteht. Wenn die Strafsatzung daher lautet: „wer tötet, soll den Tod leiden“, so ist die Todesstrafe nur dann verwirkt, wenn wirklich getötet worden, die Handlung vollendet ist. Für den Versuch der Tötung fehlt es nach einem also heissenden Strafgesetz an einer Strafdrohung. Der Versuch eines Verbrechens kann somit nur dann bestraft werden, wenn er ausdrücklich im Gesetze mit Strafe bedroht ist. Fehlen im Gesetz Strafbestimmungen gegen den Versuch, so folgt aus der Unteilbarkeit des Verbrechens an sich die Straflosigkeit des versuchten Verbrechens.

Aus welchem Grunde nun rechtfertigt sich die Strafe des Versuchs, wenn sie aus der Strafe des vollendeten Verbrechens an sich nicht folgt?

Mit dem Rechtsgrund der Versuchsstrafe, der „absoluten Strafbarkeit“ des Versuchs, müssen wir vertraut sein, bevor wir nach der Grenze zwischen strafbarem Versuch und strafloser vorbereitender Handlung forschen, bevor wir zum untauglichen Versuch und zur „relativen Strafbarkeit“ des Versuchs, d. h. zur Strafbarkeit des Versuchs im Verhältnis zur Strafe der Vollendung Stellung nehmen.

Wie der Rechtsgrund der Strafe überhaupt, liegt auch der Rechtsgrund der Versuchsstrafe in der Notwendigkeit der Selbsterhaltung des gesellschaftlichen Organismus. Strafe setzt Verletzung der Rechtsordnung voraus. Durch das vollendete Verbrechen wird die Rechtsordnung zweifellos verletzt; der Schaden ist ein sinnlich wahrnehmbarer, unmittelbar gefühlter. Durch das versuchte Verbrechen entsteht ein solcher sichtbarer Schaden nicht, wohl aber wird der Rechtsordnung die Zufügung eines solchen Schadens gedroht, die Rechtsordnung wird gefährdet. Die Allgemeinheit wird durch den verbrecherischen Versuch beunruhigt, indem sie bedenkt, wie leicht sie durch den zum Glück vereitelten Angriff in ihrer Integrität hätte angetastet werden können.

Ob der Verbrecher das Verbrechen vollende, ob er es bloss versuche, er wirft seinen Willen in die Wagschale gegen den Allgemeinwillen, er lehnt sich gegen die Rechtsordnung auf. Damit aber die Rechtsordnung reagiere, müssen Handlungen vorliegen, welche das unzweideutige Gepräge des verbrecherischen d. h. sich gegen die Rechtsordnung wendenden Willens an sich tragen. Der blosse verbrecherische Wille lässt die Rechtsordnung intakt. Er kann ihr u. U. gefährlich werden, ist es aber in concreto nicht. Jemand mag der geschworene Feind aller bestehenden Ordnung sein — so lange er keinen Angriff auf die von ihm gehasste Ordnung macht, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, sich gegen diesen Willen zu richten, dessen wahren Inhalt und wirkliche Beschaffenheit allein die That erweisen kann. Die Strafe trifft nicht den verbrecherischen Willen als solchen, sondern nur die Objektivierung des verbrecherischen Willens. Für die Rechtsordnung ist der verbrecherische Wille an sich ebensowenig vorhanden, wie das Werk im Kopfe des Gelehrten für die Wissenschaft, das Gemälde in der Phantasie des Malers für die Kunst vorhanden sind. Thaten will die Rechtsordnung sehen. Solange sich der Wille nicht entäussert, keine „Willensäusserung" vorhanden ist, ist der jeden Augenblick veränderliche, der Selbsttäuschung unterworfene Wille für die Objektivität des Strafrechts belanglos. „Solange der Wille noch im Werden begriffen ist, heisst er Wunsch; wenn fertig, Entschluss. Dass er aber dies sei, beweist dem Selbstbewusstsein erst die That, bis zu ihr ist er veränderlich".[1]) Cogitationis nemo poenam patitur.

[1]) Schopenhauer, „Über die Freiheit des Willens in den beiden Grundproblemen der Ethik". Ein Anklang an diesen Gedanken findet sich bei Rich.

Der Gedanke ist exemt von der Herrschaft des Strafrechts, nicht von der der Moral, die es mit feinerem Stoff zu thun hat. Das Kriminalrecht, welches den äusseren Bestand der rechtlichen Ordnung schützt, hält sich an die groben Aussenseiten des Lebens und kümmert sich nicht um das „forum internum". In der Ethik handelt es sich um Wollen, im Strafrecht um Thun und Erfolg.

Die Berufung auf den Satz des Hadrian „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus" in dem Sinne, als hätten die Römer den verbrecherischen Willen als solchen zum Zielpunkt der Strafe genommen, wird hinfällig mit Rücksicht auf die mannigfachen, die Gedankenstrafe perhorrescierenden Quellenstellen, welche Gewicht darauf legen, dass der verbrecherische Wille in die Erscheinung getreten sein müsse, um strafbar zu sein: L. 1 § 1 Vg. de furt. 47, 1 sagt: „. . inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem." Beides: Wille und That fordert als Voraussetzung der Strafe der Jurist Paulus in l. 53 § 2 Dig. de verb. sign. 50, 16: . . . sane post veterum auctoritatem eo perventum, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit. Darum lässt auch Livius, lib. 45 cap. 24 f., den rhodischen Abgesandten Astymedes im römischen Senat die Worte sprechen: . . . neque moribus, neque legibus ullius civitatis ita comparatum esse, ut, si quis vellet inimicum perire, si nihil fecerit, quo id fiat, capitis damnetur.

Wenn Romagnosi[1]) für den Fall, dass jemand damit prahlt, ein Verbrechen vollbringen zu wollen, ohne jedoch irgend eine physische oder äussere Handlung zu diesem Zwecke vorzunehmen, das Vorliegen eines Versuches leugnet, so finden wir den gleichen Gedanken bereits in l. 225 de verb. sign. ausgedrückt: . . Fugitivus est non is, qui solum consilium fugiendi a domino suscepit, licet id se facturum

---

Wagner, Oper und Drama I, S. 173: „Wie das Innere wohl der Grund und die Bedingung für das Äussere ist, in dem Äusseren sich aber erst das Innere deutlich und bestimmt kundgiebt, so sind Harmonie und Rythmos wohl die gestaltenden Organe, die Melodie aber ist die wirkliche Gestalt der Musik selbst."

Die Selbsttäuschung des Willens schildert Schopenhauer eindringlich und überzeugend in „Welt als Wille und Vorstellung" II im Kapitel vom „Primat des Willens im Selbstbewusstsein."

[1]) l. c. S. 663.

iactaverit, sed qui ipso facto fugae initium mente deduxerit[1]. Sei auch der Thäter, sagt Tryphonius in derselben lex, eius mentis, ut occasione data id — scil. Diebstahl, Ehebruch, verbotenes Spiel — commissurus sit, tamen oportere eadem haec crimina adsumpto actu intellegi et ideo fugitivum quoque et erronem non secundum propositionem solam, sed cum aliquo actu intellegi constat.

Mag sich jemand mit dem Plan eines Deliktes brüsten, mag man sich auch mit Rücksicht auf seinen Charakter — denn „operari sequitur esse" — solcher That von ihm versehen, er ein Mensch sein, von dem man, wie es in der Carolina (art. 176) heisst, „Übles warten muss" — solange das factum fehlt, ruht das Strafrecht, silent leges.

Aus der Tendenz des kanonischen Strafrechts, das forum internum vor seinen Richterstuhl zu ziehen, erklärt sich can. 25 causa 33 qu. 3 de poenit. dist. 1: et licet gladio non occidat, voluntate tamen interficit.

Art. 178 der Carolina hingegen bestimmt: Solcher böser will, daraus etlich werck, als obsteht, volgen, ist peinlich zu straffen: Aus dem bösen Willen müssen etlich werck hervorgegangen sein, damit von strafbarem Versuch die Rede sei, und zwar werck „als obsteht", d. h. scheinliche, die zur vollbringung der missethat — nicht zur Deutlichmachung des auf die Vollbringung gerichteten Entschlusses — dienstlich sein mögen.

Die Strafbarkeit des Versuchs beruht nicht auf der Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens an sich, sondern auf der Gefährlichkeit des in der Richtung nach dem verbrecherischen Erfolge objektivierten Willens.

Kapitel IV.

Die Grenze des strafbaren Versuchs.

Äusserliche Handlungen, in denen sich die Beziehung des thäterischen Willens zum strafbaren Erfolge manifestiert, setzt der kriminelle Versuch voraus.

Wie weit nun muss die Objektivierung des verbrecherischen Willens vorgeschritten sein, damit das Strafrecht eingreife? Sind alle Handlungen, welche der Thäter im Hinblick auf den ihm vorschwebenden strafbaren Erfolg vornimmt, strafbare Versuchshandlungen?

---

[1] Ähnlich lautet l. 43 § 2 Dig. de aedil. ed. 21, 1: . . . nondum fugitivus est, quia non solum consilii, sed et facti fugae nomen est.

Welchen Grad von Deutlichkeit muss die Beziehung der Handlung zum delictuosen Erfolge erreichen, damit die Handlung strafbarer Versuch sei? Zwischen der ersten unsicheren Bethätigung des Gedankens und der Ausführung des Verbrechens liegt ein weiter Spielraum. Wo ist die Grenze des strafbaren Versuchs? Als Versuchshandlungen kommen alle Handlungen in Betracht, welche in irgend einer, noch so entfernten Beziehung zum Erfolge stehen. Der Begriff des strafbaren Versuchs verlangt mehr. Er verlangt, dass die Handlung deutlich kriminellen Charakter an sich trage: Sie darf keine andere Deutung zulassen, als die, dass sie auf einen bestimmten strafbaren Erfolg abziele. Die That wird nicht, wie wir im ersten Kapitel erkannten, wegen ihres absoluten, sondern um ihres relativen Charakters d. i. ihres Versuchscharakters willen, welchen ihr die Absicht des Thäters, sie als Mittel zu einem verbrecherischen Zweck zu benutzen, beilegt, gestraft. Und diese den Charakter der That als verbrecherischen Versuch bestimmende Absicht muss eine untrügliche sein, damit strafbarer Versuch vorliege. Untrüglich ist sie aber nur dann, wenn die Versuchshandlung selbst keinen Zweifel darüber lässt, mit Bezug auf welchen Zweck sie ausgeübt wird. Es genügt nicht, dass der Thäter irgend etwas im Hinblick auf den verbrecherischen Erfolg thue. Wie leicht kann er diesen Erfolg wieder aus den Augen verlieren! Vielleicht dient die in Bezug auf ihn vorgenommene Handlung einem ganz anderen, dem Thäter augenblicklich noch verborgenen Zweck! A will den B ermorden. Er kauft sich zu diesem Zweck einen Revolver. Wer will sagen, ob A seinen Mordplan ausführen wird, den Revolver nicht vielmehr auf die nächste italienische Reise mitnimmt, die Waffe vielleicht gar gegen sich selbst kehrt! Die That, der Kauf eines Revolvers zu verbrecherischem Zweck, ist im Sinne des Strafrechts noch zu sehr Gedanke, um kriminell in Betracht zu kommen. Wie man dem in einem Walde stehenden Baum nicht ansieht, was einmal aus ihm werden wird: Von vornherein steht nicht fest, ob er dermaleinst als Schiffsmast, zu dem Bau einer Hütte oder eines Palastes Verwendung finden wird. Erst wenn der Baumstamm in die Nähe seines Bestimmungsortes gebracht wird, eine entsprechende Bearbeitung erfährt, wird ein Schluss auf seine Bestimmung möglich.

Alle die Versuchshandlungen, welche nicht unzweideutig auf das Verbrechen gerichtet sind, gehören zur Gruppe der straflosen Versuchs- oder der sogenannten Vorbereitungshandlungen. Von

ihnen sagt Rossi:[1]) Les actes purement préparatoires ne doivent pas être l'objet de loi pénale, parcequ'ils ne sont pas un fondement assez solide pour l'imputation de la résolution criminelle; und im folgenden Kapitel heisst es weiter: Tant qu'il ne s'agit que d'actes internes ou même que d'actes extérieurs simplement préparatoires, le crime est déjà commencé subjective, mais non objective.

Etwas objektiv Verbrecherisches muss vorliegen, um die Handlung als strafbaren Versuch erscheinen zu lassen. Objektiv verbrecherisch, d. h. nicht mehr Vorbereitungshandlung, sondern strafbarer Versuch ist der Versuch dann, wenn er einzig und allein als Ausdruck des auf einen bestimmten verbrecherischen Erfolg gerichteten Willens ausgelegt werden kann. Die Handlung, in welcher sich der verbrecherische Entschluss äussert, muss ohne Rücksicht auf die subjektive Deutlichkeit des Entschlusses, auf trügerisches „iactari" des Thäters, an sich so beschaffen sein, dass sie unter dem Gesichtswinkel der ihr den Versuchscharakter verleihenden thäterischen Absicht betrachtet, zweifellos dem bestimmten verbrecherischen Zweck dient. Wenn ich die feste Absicht habe und auch äussere, meinen Freund X zu besuchen, so bürgt nichts dafür, dass ich meinen Entschluss ändere. Begebe ich mich in die Strasse, wo Freund X und Freund Y wohnt, so liegt auch hierin noch nicht die Gewähr, dass ich den X und nicht vielmehr den Y besuche. Erst wenn ich das Haus des X betrete, die Treppe zu seiner Wohnung emporsteige, ist die Handlung an sich so beschaffen, dass sie für den objektiven, meine Absicht kennenden Zuschauer zweifellos zu dem Zwecke geschieht, den X zu besuchen, dass m. a. W. die Ausführung meiner Absicht „wahrscheinlich" wird.

An sich ist der Kauf eines Revolvers eine sehr vieldeutige und daher gleichgiltige Sache und gestattet keinerlei Schlüsse auf die Zukunft. Geschieht der Kauf zu dem Zweck, das Verbrechen der Tötung zu begehen, so hört die Gleichgiltigkeit der Handlung auf: Durch ihren Zweck erhält sie einen bestimmten Charakter. Der Zweck allein ist aber nicht im stande, die Handlung krimineller Ahndung zu unterwerfen, sie von einer gleichgiltigen zu einer strafbaren umzustempeln. Erforderlich ist, dass der Tötungszweck aus der Handlung selbst hervorgehe, diese selbst keinen Zweifel darüber lasse, dass der Revolver zur Mordwaffe wird, damit die Handlung

[1]) Traité de droit pénal, 3e édit. par Hélie Tome II chap. 27.

strafbar werde. Solange noch nichts weiter geschehen ist, als der Kauf des Revolvers, ist für das Strafrecht noch gar nichts geschehen: Der Zweifel, dass der Thäter seinen Entschluss, zu töten, verwirklichen werde, klebt dieser Handlung noch zu sehr an.

Dieser Zweifel wird desto grösser, je weiter wir die dem Kauf des Revolvers vorhergehenden, zu dem Tötungszweck in Beziehung stehenden Handlungen nach rückwärts verfolgen. Der Gang in den Laden, wo der Kauf der Waffe stattfinden soll, das Anziehen des Überziehers im Hinblick auf diesen Gang u. s. f. Immer grösser wird die Entfernung vom Erfolg. Immer undeutlicher und verschwommener wird der Stempel, welchen der verbrecherische Wille den Handlungen aufdrückt, bis wir schliesslich zur cogitatio gelangen, welcher alle diese Handlungen ihre Entstehung danken. Je weiter die Handlungen von dem erzeugenden Gedanken entfernt sind, je mehr sie sich dem Erfolge nähern, desto entschiedener wird ihr krimineller Charakter, weil in demselben Masse der Zweifel an der Festigkeit und Beharrlichkeit des Willens abnimmt, demgemäss die Wahrscheinlichkeit der Vollendung und mit ihr die Gefährdung der Rechtsordnung wächst.

Legt A die geladene Schusswaffe bereit, um sie im selben Augenblick, wo sein Opfer sichtbar wird, zu gebrauchen, so manifestiert sich in diesem Bereitlegen bereits ein stärkerer Wille als im blossen zu dem verbrecherischen Zweck vorgenommenen Kauf der Waffe. Doch ist dieser Wille noch nicht stark genug, um die Wahrscheinlichkeit der Vollendung in sich zu schliessen. Nichts spricht dafür, dass A nicht vielmehr die Mordwaffe im kritischen Moment unangerührt an ihrem Platze lässt und voller Scham und Reue vor dem sich nahenden Opfer zusammensinkt.

Wann nun ist der Wille ein ausgesprochen verbrecherischer, wann rechtfertigt er die Strafe des Versuchs? Die Möglichkeit der Willensänderung ist solange gegeben, bis die That vollendet ist. Mit einer Ausnahme: beim sogenannten vereitelten Verbrechen, dem délit manqué.[1]) Hier hat der Wille die Feuerprobe bestanden, sich als wahrer Wille des Thäters gezeigt, der Weg zur Rückkehr ist ihm versperrt: A hat auf B geschossen und daneben getroffen.

---

[1]) Im letzten Kapitel wird von dieser Versuchsgattung noch des Näheren die Rede sein.

Vom Standpunkt der Willenstheorie aus wäre es konsequent, den Versuch nur dann zu strafen, wenn er die Form des fehlgeschlagenen Verbrechens aufweist: Nur hier wird die wirkliche Beschaffenheit des thäterischen Willens offenbar, mit der Möglichkeit eines Aufgebens des verbrecherischen Entschlusses braucht hier nicht mehr gerechnet zu werden. Beim nichtbeendigten wie beim beendigten Versuch hingegen besteht diese Möglichkeit des auf Grund eintretender Willensänderung erfolgenden Abstehens von der weiteren Ausführung der That, die Möglichkeit des straflos machenden Rücktritts.[1])

Indess, wenn die That bis zu einer gewissen Stufe, eben der des strafbaren Versuchs, vorgeschritten ist, ist die Wahrscheinlichkeit des Rücktritts nicht mehr vorhanden. Im Gegenteil ist es nunmehr wahrscheinlich, dass der Thäter das Verbrechen in das Stadium der Vollendung überführen werde. Die blosse Möglichkeit der Vollendung ist nicht ausreichend, das ius puniendi des Staates zu begründen; denn sie wird aufgewogen durch die Möglichkeit der Nichtvollendung.

Die Wahrscheinlichkeit der Vollendung ist der Grund der Versuchsstrafe. Mit Rücksicht auf seine Gefährlichkeit, sahen wir im vorigen Kapitel, wird der Versuch gestraft. Gefährlichkeit ist aber die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines drohenden Übels. Drohen kann das Übel schon in weiter Ferne. Nach der Wahrscheinlichkeit d. i. nach menschlicher Berechnung ist sein Eintritt erst dann zu befürchten, wenn es in gewisser Nähe ist.

Die Erfahrung lehrt, dass, wenn die That einmal bis zum Stadium des strafbaren Versuchs gediehen ist, in den Schatten des Strafrechts getreten ist, wenn sie sich bis zu dem Punkte entwickelt hat, wo die Wahrscheinlichkeit der Vollendung grösser ist als die der Nichtvollendung, in der Regel die Vollendung des Verbrechens auch nicht ausbleibt, falls nicht etwa äussere Hindernisse dies verhindern: Der freiwillige Rücktritt ist eine Ausnahme.

Je mehr der Gedanke zur That geworden, verkörpert ist, desto heftiger und ungestümer ist die Begier des Willens, vollständig in die That sich umzusetzen, sich möglichst vollkommen in der Wirklichkeit zu objektivieren — sich zu entäussern. Je näher das Geschehene an die Vollendung heranrückt, desto mehr schlägt es den Willen in Fesseln. Je mehr der Wille zur Willensäusserung wird, desto mehr

[1]) Hiervon handelt Kap. IX.

verliert er seine Bewegungsfreiheit. Der Wille wird durch seine eigene Objektivierung gebannt, er giebt die Herrschaft über sich aus den Händen. Immer weniger Gewalt haben die Gegenmotive über den ihn unwiderstehlich fortreissenden Trieb — wie ein dahineilendes Ross, je näher es dem Ziele zufliegt, desto schwerer zu zügeln ist. Je näher das Ziel, desto heftiger die Tendenz, es zu erreichen, desto stärker seine magnetische Anziehungskraft auf den Willen. Er erliegt dem gewaltigen Reize der Nähe. Es geht dem Willen wie dem festen Gegenstand: Je näher er dem Feuer kommt, desto mehr schmilzt er, oder wie dem flüssigen, der je näher er an die Kältezone rückt, desto mehr erstarrt.

Wer das geladene Gewehr auf seinen Mitmenschen anlegt, in der Absicht, ihn zu töten, von dem ist als wahrscheinlich anzunehmen, dass er auch abdrückt. Seine Handlung ist gefährlich, strafbarer Versuch. Möglich ist, dass dem Thäter im letzten Augenblick die Kraft versagt, möglich, dass er aus freiem Antriebe zurücktritt. Bei der relativen Strafbarkeit des Versuchs spielt diese Möglichkeit der Nichtvollendung eine gewichtige Rolle, wie die Betrachtung des letzten Kapitels zeigen wird. Hier, wo es sich um die absolute Strafbarkeit des Versuchs handelt, kommt die Möglichkeit der Nichtvollendung neben der Wahrscheinlichkeit der Vollendung nicht in Betracht.

Von dem, welcher in mörderischer Absicht einen Revolver käuflich ersteht, die geladene Waffe bereit legt, kann man nicht sagen, dass er seine Absicht wahrscheinlich ausführen werde. Höchstens lässt sich im Hinblick auf die Energie des verbrecherischen Vorsatzes von einer subjektiven Wahrscheinlichkeit sprechen, die aber von der objektiven Wahrscheinlichkeit weit entfernt ist. Diese objektive Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Deliktes, auf welche sich die Versuchsstrafe gründet, fehlt, solange die mit Bezug auf den deliktuosen Erfolg ausgeführten Handlungen selbst nicht den Gedanken der wahrscheinlichen Vollendung des Verbrechens im objektiven Beobachter erregen.

Strafbaren Versuch nehmen wir demnach an, wenn eine Handlung vorliegt, welche eine objektive Wahrscheinlichkeit dafür enthält, dass der Wille das von ihm beabsichtigte Verbrechen vollenden würde, wenn die Vollendung in thesi möglich wäre. Alle andern, nicht so beschaffenen, Handlungen, welche im Hinblick auf den verbrecherischen Erfolg vollbracht werden, sind straflose Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen.

Dass erst eine objektive Wahrscheinlichkeit der Vollendung die Versuchshandlung gefahrlich und deshalb strafbar macht, lässt Bar's Definition[1]) vermissen:

„Der Versuch (scil. der strafbare) ist begonnen, wenn eine äussere auf die Vollendung des Verbrechens abzielende Thätigkeit vorliegt, welche von dem Handelnden in kontinuierlichem Zusammenhange von Mittel und Zweck, von Ursache und Wirkung mit der Vollendung des Verbrechens gedacht wird". Jeder Unbefangene wird zugeben, dass diese Definition auch auf die entferntesten Vorbereitungshandlungen passt, sofern nur der Entschluss des Thäters fest und lebhaft in seinem Bewusstsein existiert. Bar's Definition denkt nur an die subjektive Wahrscheinlichkeit.

Auf dem objektiven Standpunkt steht die Carolina. Sie verlangt (art. 178) zur „peinlichen Strafe" des Versuchs „etliche scheinliche wercke, die zur vollbringung der missethat dienstich sind": Erst etliche Werke garantieren eine gewisse objektive Sicherheit, dass der verbrecherische Erfolg wirklich gewollt sei. Es genügt nicht, dass das Steuer in der Richtung nach dem verbrecherischen Ziele gestellt sei, das Schiff muss bereits eine Weile diesen Kurs gehalten haben.

Nicht jede erste äussere Thätigkeit, der ein „böser will" zu Grunde liegt, ist ausreichend. Etliche scheinliche Werke müssen geschehen sein, der Wille muss objektiviert sein „cum aliquo actu", wie der römische Jurist Tryphonius sagt.

Die Vorbereitungshandlungen lässt die Carolina grundsätzlich ungestraft: Wer Gift kauft „kündt mit glaublichem schein anzeygen, dass er solch gift zu andern unstraflichen sachen gebraucht hett, oder gebrauchen wollen" (art. 35).

Giebt es einen absoluten Masstab dafür, ob in concreto eine vorbereitende Handlung oder strafbarer Versuch vorliegt?

Bei gewissen Handlungen waltet kein Zweifel über ihre Natur als Vorbereitungs- d. i. strafloser Versuchshandlungen. Zu diesen typischen Vorbereitungshandlungen gehören alle vor der That die Information des Thäters bezweckenden Handlungen, sowie die Anschaffung und Herstellung der instrumenta sceleris. Vorbereitungshandlungen sind weiter zweifellos die Handlungen, welche den Thäter in den zur Verübung des Verbrechens erforderlichen Zustand setzen, so z. B. das Sichhinbegeben an den Ort der That.

---

[1]) Versuch und Teilnahme am Verbrechen § 28.

Strafbaren Versuch stellen auf der anderen Seite ohne Zweifel dar die missglückten Ausführungshandlungen, soweit sie zur Vollziehung der verbrecherischen That selbst gehören: Der Mörder stösst zu, der Giftmischer reicht die vergiftete Speise hin, der Dieb streckt die Hand nach dem Kleinod aus; alle handeln, ohne dass der beabsichtigte deliktuose Erfolg eintritt.

Der Zweifel bleibt bestehen bei denjenigen Handlungen, welche zwischen den notorischen Vorbereitungs- und den notorischen Versuchshandlungen liegen. Wann geht Vorbereitung in Versuch über? Wo ist der Punkt, auf dem die objektive Wachrscheinlichkeit der Vollendung des Verbrechens, die hierdurch bedingte Gefährdung der Rechtsordnung und somit die Straffälligkeit des Versuchs beginnt?

Eine absolute Grenze zwischen vorbereitender Handlung und strafbarem Versuch lässt sich nicht ziehen, auch nicht durch den flüssigen Begriff „Anfang der Ausführung".

Was vorliegt, ist durchaus quaestio facti. So ist die Anwendung der instrumenta sceleris keineswegs immer, wie Zachariae will, Versuch. Wer Gift in Speisen mischt, um seinen Mitmenschen zu vergiften, begeht nicht stets einen Vergiftungsversuch. Ob dieser Akt eine die Ausführung vorbereitende Handlung oder Versuch der Ausführung sei, hängt davon ab, ob die Ausführung des Verbrechens unmittelbar folgen soll, oder ob zwischen der Handlung und dem vom Thäter erstrebten Erfolge noch andere Glieder in der zum Erfolge hinführenden Kette liegen. Mischt der Thäter morgens das Gift in die Speise, welche er seinem Opfer am Abend vorsetzen will, so ist das Mischen des Giftes eine vorbereitende Handlung, erst das Vorsetzen wäre strafbarer Versuch. Schüttet aber der Thäter in den zum Genusse dastehenden Wein Arsenik, so ist dies nicht mehr vorbereitende Handlung sondern Versuch, weil hier die Vollendung des Verbrechens, das Einnehmen des Giftes, als direkte Fortsetzung der Handlung gedacht ist.

„Quando deventum est ad actum proximum maleficio" straft Julius Clarus[1]) erst den conatus; dies sei, setzt er hinzu, communis opinio.

Von dem Prinzip, dass erst die objektive Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Verbrechens die Versuchshandlung strafbar macht, ist die Gesetzgebung aus Gründen der Prävention mitunter abgegangen.

---

[1]) Sent. rec. lib. V. § fin. qu. 92. f.

So straft die Carolina notorische Vorbereitungshandlungen als delicta sui generis in art. 112 und 113: Art 112 stellt unter Strafe die, welche „falsch siegel, brieff, instrument, urbar, renth- oder zinssbücher oder register machen"; die Strafbestimmung des § 113 wendet sich gegen den „welcher böslicher und geverlicher weiss mass, wag, gewicht, specerey oder andere kauffmannschaft felscht". Auch das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich weist Beispiele auf, wo der Gesetzgeber den Grundsatz befolgt hat: „il faut étouffer le crime dans son germe" — das Motto bei der Beratung des art. 2 des Code pénal im französischen Staatsrat.[1]) Nach § 146 R.St.G.B. ist strafbar, wer inländisch oder ausländisch Geld nachmacht, um es als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zn bringen. § 151 straft den, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metall-, Papiergeld dienliche Formen zum Zweck eines Münzverbrechens angeschaft oder angefertigt hat. C.C.C. und R.St.G.B. stimmen überein in der Poenalilisierung der Anschaffung und Herstellung instrumenta sceleris: wie wir oben sahen, typischer Vorbereitungshandlungen. Jede ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung zieht § 86 R.St.G.B. vor das Forum des Strafrichters.

Zum Princip darf die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen nicht erhoben werden: Das Kriminalrecht reagiert nicht gegen die subjektive Gefährlichkeit der Handlung, sondern nur gegen die objektive für den Bestand der Rechtsordnung in Betracht kommende Gefährlichkeit.

Kapitel V.

Der untaugliche Versuch im allgemeinen.

Der untaugliche Versuch steht im oft verkannten Gegensatze zum Putativdelikt. Der Unterschied liegt in in der Natur des vom Thäter erstrebten Erfolges. Während der Thäter beim untauglichen Versuch — sei es, dass er ihn am „untauglichen Objekt", mit „untauglichen Mitteln" oder am „nicht exisstierenden Objekt" begeht — einen Erfolg will, der in abstracto ein rechtsverletzender ist, ist der von dem ein Putativdelikt ausführenden Thäter erstrebte Erfolg weder in

[1]) Locré, legisl. de France vol. 29 pag. 105.

concreto noch in abstracto ein rechtsverletzender. Der vom Begeher eines untauglichen Versuchs angestrebte Erfolg ist vom Gesetzgeber pönalisiert: Wer seine eigene Sache, die er für eine fremde ansieht, einem andern wegnimmt, will stehlen; vergiften will, wer eine zu geringe Giftdosis eingiebt; und wer nach einem irrtümlich für einen Menschen gehaltenen Baum schiesst, will töten. Selbst beim Versuch mit absolut untauglichen Mitteln, von welchem Kapitel VII handeln wird, besteht die Beziehung zwischen der Handlung und der objektiven Rechtsordnung, indem auch hier der Thäter einen in abstracto strafbaren Erfolg herbeizuführen beabsichtigt: Der totbetende Bauer will töten. Diebstahl, Vergiftung, Tötung sind rechtsverletzende Erfolge. Der vom Begeher eines Putativdelikts gewollte Erfolg steht im Strafcodex gar nicht verzeichnet. Die Handlung hat keine Beziehung zur objektiven Rechtsordnung: Wer in bunten Kleidern auf der Strasse spazieren geht und befürchtet, jeden Augenblick wegen seines strafbaren Thuns festgenommen werden zu können, wer glaubt, das Singen unter freiem Himmel sei strafbar und wegen zu vielen Trinkens könne ihm der Prozess gemacht werden, wer vermeint, als Betrüger bestraft werden zu können, weil er seine Schulden nicht bezahlt, wie dies gemeiniglich die Auffassung des populus ist, der irrt über die Grenzen der Rechtsordnung, in welcher er lebt.

Mag das Gewissen des Thäters noch so böse sein, mag der Orientale den Weinbecher in Deutschland ängstlich an die Lippe setzen, mag der deutsche Päderast vor Furcht, gestraft zu werden, in Italien vergehen, der Bigamist die türkischen Gesetze noch so fürchten: plus in re est, quam in existimatione mentis — allem solchem Treiben schaut die Rechtsordnung mit verschränkten Armen zu. Es tangiert sie nicht, sowenig wie der absolut untaugliche Versuch ihr ihre Gleichgiltigkeit zu rauben vermag. Der Unterschied ist der, dass die Rechtsordnung ihre Gleichgiltigkeit hier beim Putativdelikt aus rechtlichen, dort dem totbetenden Bauern gegenüber aus thatsächlichen Gründen wahrt. Die Stellung der Rechtsordnung zum absolut untauglichen Versuch gleicht der eines Musikverständigen zu der musikalischen Stümperei eines, der die Noten nicht kennt und daher den gewollten musikalischen Effekt nicht hervorbringt. Und dem, der ein Putativdelikt begeht, steht die Rechtsordnung gegenüber, wie der Musikverständige einem, der da vermeint, Musik zu treiben, wenn er sich mit dem Studium der Farbentöne befasst.

Das von der Handlung getroffene Objekt, die eigene Sache des Thäters, ist untauglich, die vollendete Handlung zu einer vollendeten strafbaren Handlung zu machen.[1]) Die Handlung wird deswegen aber noch nicht Versuch, welcher Nichtvollendung der Handlung voraussetzt, während hier die Handlung doch vollendet ist. Nur ihre Qualifikation ist eine andere als die erwartete. Sie ist eine, wenn auch nach der Meinung des Thäters begrifflich unvollendete, so doch faktisch vollendete Handlung. Und dies allein ist massgebend mit Rücksicht auf die Natur des kriminellen Vorsatzes, welcher nicht auf Begriffliches sondern auf Thatsächliches geht.

A beleidigt den B und denkt, er beleidige in B den König. A erschlägt den C, den er für seinen Vater hält. Ist dies versuchte Majestätsbeleidigung, versuchter Ascendententotschlag? B ist beleidigt, wenn auch kein König beleidigt ist, C erschlagen, wenn auch nicht von seinem Sohn. Vollendete Beleidigung, vollendete Tötung liegt vor: für den Versuch bleibt keine Stätte. Ganz anders wie beim „qualifizierten" Versuch, wo der Thäter nicht über die begriffliche Bedeutung der That hinaus will sondern ein Mehr an thatsächlichem Erfolg erstrebt.

A konkumbiert mit der ihm gar nicht verwandten B, welche er für seine leibliche Schwester hält. Macht A sich des Versuchs der Blutschande schuldig? Jemand beschwört etwas objektiv Richtiges in der Meinung, falsch zu schwören. Macht diese Meinung die Handlung des Thäters zum versuchten Meineid? Soll es versuchter Betrug und versuchte Erpressung sein, wenn jemand einen ihm in Wirklichkeit von Rechtswegen zustehenden Anspruch, den er selbst für einen rechtswidrigen Vermögensvorteil ansieht, durch Irrtumserregung, bezw. Drohung eintreibt? Versuchte Hehlerei, wenn man um seines Vorteils willen Sachen, die man irrtümlich für gestohlen hält an sich nimmt und versuchter Wucher, wenn man eine Notlage, die gar nicht besteht, auszubeuten wähnt?

Was die Konkumbenz zur Blutschande herabdrückt, ist das nahe Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Konkumbenten. Dass etwas

---

[1]) Der Unterschied von der „aberratio ictus" ist der, dass bei jener der Erfolg ein anderes Objekt trifft als das, wogegen die Handlung gerichtet ist, während hier beim „Versuch am unt. Objekt" das Objekt, gegen welches sich die Handlung richtet, auch vom Erfolge betroffen wird.

Kapitel VI.

Der sogenannte Versuch am untauglichen Objekt.

Während der Ausdruck „Versuch am untauglichen Objekt", sofern er die im letzten Absatz des vorigen Kapitels unter 1) gedachten Handlungen umfasst, sich nur eine ungenaue Bezeichnung des Gegenstandes des Versuchs zu schulden kommen lässt, verstösst er als Name der hier in Rede stehenden Handlungen gegen das Wesen des Versuchs selbst. Dem Begriff des Versuchs ist wesentlich (cf. Kap. 1), dass die That in der Ausführung stecken geblieben ist, was hier nicht der Fall ist. Es ist nur an die physische Handlung zu denken, welche beim sogenannten „Versuch am untauglichen Objekt" vollendet ist und daher nicht Versuch sein kann, nicht aber an die begriffliche Bedeutung der Handlung, wie sie entgegen der thäterischen Vorstellung wegen Mangels eines Thatbestandmerkmals nicht erfüllt ist. Denn der Versuchsvorsatz — dies betonten wir bereits in Kapitel II, S. 10 — ist nur auf die sinnlich wahrnehmbare Veränderung in der Aussenwelt, nicht aber auf deren juristische Beurteilung gerichtet. Eine Handlung, die objektiv eine rechtswidrige Tötung darstellt, wird versucht. Nicht wird die Rechtswidrigkeit der Tötung versucht. Sonst könnte man auch in jedem Putativdelikt einen „Versuch" erblicken, den Versuch, die Rechtsordnung in abstracto zu kränken, eine eingebildete, nur in der Phantasie des Thäters, nicht in der Wirklichkeit existierende Rechtsordnung zu verletzen.

Ist der gewollte faktische Erfolg erreicht, ist die Handlung vollendet, so kann diese vollendete Handlung nimmer Versuch einer anderen, insbesondere einer strafbaren Handlung sein. Eine vollendete Handlung liegt vor, wenn jemand seine eigene Uhr aus fremdem Gewahrsam in der Absicht rechtswidriger Zueignung wegnimmt, in der Meinung die Uhr gehöre einem andern. Daher ist kein Versuch, namentlich kein Diebstahlsversuch gegeben. Diebstahlsversuch wäre dem Thäter nur dann zur Last zu legen, wenn sich der Vorsatz des Diebstahlsversuchs auf die Qualifikation der Handlung als Diebstahl und nicht vielmehr auf eine physische Handlung, welche im Sinne des Strafgesetzes Diebstahl ist, richtete. Weil der vollendeten Handlung ein Strafbarkeitsmerkmal, nämlich das der Fremdheit der weggenommenen Sache fehlt, so ist sie kein Diebstahl, für das Strafrecht daher belanglos.

Das von der Handlung getroffene Objekt, die eigene Sache des Thäters, ist untauglich, die vollendete Handlung zu einer vollendeten strafbaren Handlung zu machen.[1]) Die Handlung wird deswegen aber noch nicht Versuch, welcher Nichtvollendung der Handlung voraussetzt, während hier die Handlung doch vollendet ist. Nur ihre Qualifikation ist eine andere als die erwartete. Sie ist eine, wenn auch nach der Meinung des Thäters begrifflich unvollendete, so doch faktisch vollendete Handlung. Und dies allein ist massgebend mit Rücksicht auf die Natur des kriminellen Vorsatzes, welcher nicht auf Begriffliches sondern auf Thatsächliches geht.

A beleidigt den B und denkt, er beleidige in B den König. A erschlägt den C, den er für seinen Vater hält. Ist dies versuchte Majestätsbeleidigung, versuchter Ascendententotschlag? B ist beleidigt, wenn auch kein König beleidigt ist, C erschlagen, wenn auch nicht von seinem Sohn. Vollendete Beleidigung, vollendete Tötung liegt vor: für den Versuch bleibt keine Stätte. Ganz anders wie beim „qualifizierten“ Versuch, wo der Thäter nicht über die begriffliche Bedeutung der That hinaus will sondern ein Mehr an thatsächlichem Erfolg erstrebt.

A konkumbiert mit der ihm gar nicht verwandten B, welche er für seine leibliche Schwester hält. Macht A sich des Versuchs der Blutschande schuldig? Jemand beschwört etwas objektiv Richtiges in der Meinung, falsch zu schwören. Macht diese Meinung die Handlung des Thäters zum versuchten Meineid? Soll es versuchter Betrug und versuchte Erpressung sein, wenn jemand einen ihm in Wirklichkeit von Rechtswegen zustehenden Anspruch, den er selbst für einen rechtswidrigen Vermögensvorteil ansieht, durch Irrtumserregung, bezw. Drohung eintreibt? Versuchte Hehlerei, wenn man um seines Vorteils willen Sachen, die man irrtümlich für gestohlen hält an sich nimmt und versuchter Wucher, wenn man eine Notlage, die gar nicht besteht, auszubeuten wähnt?

Was die Konkumbenz zur Blutschande herabdrückt, ist das nahe Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Konkumbenten. Dass etwas

---

[1]) Der Unterschied von der „aberratio ictus“ ist der, dass bei jener der Erfolg ein anderes Objekt trifft als das, wogegen die Handlung gerichtet ist, während hier beim „Versuch am unt. Objekt“ das Objekt, gegen welches sich die Handlung richtet, auch vom Erfolge betroffen wird.

Unwahres bewusst beschworen wird, qualifiziert den Schwur zum Meineid. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils stempelt die List und die Drohung zu Betrug und Erpressung. Dass die Sachen, welche der Thäter in seinem Vorteil an sich nimmt, aus einem Diebstahl herrühren, ist begriffliche Voraussetzung der Hehlerei, und das zu hohe Zinsennehmen wird erst durch die Ausbeutung einer objektiv existierenden Notlage zum Wucher.

Fehlen alle diese wesentlichen Verbrechensmerkmale, so hat das Strafrecht kein Interesse an den Handlungen. Eine Bestrafung des Thäters in allen diesen Fällen liefe auf eine reine Willensstrafe hinaus. Das Strafrecht reagiert aber nicht gegen den verbrecherischen Willen an sich sondern nur insoweit, als er einen verbrecherischen Erfolg herbeiführt oder wenigstens in den Horizont der Gesellschaft rückt, die Rechtsordnung entweder verletzt oder gefährdet. Die Strafe des Meineides richtet sich gegen die eidliche Sanktion einer unwahren Behauptung, sofern ein schuldhafter Wille hinter ihr steht, nicht gegen den Willen, welcher Unwahres beschwören will, wie im kanonischen Strafrecht: . . . Putat esse falsum, et jurat, tamquam verum est. Forte verum est . . . . periurus est.[1]) Dementsprechend trifft die Strafe des versuchten Meineids den, der eine objektiv unwahre Thatsache als wahr zu beschwören versucht, nicht den, der da irrtümlich glaubt, das von ihm beschworene entspreche nicht der Wahrheit. Dieser Glaube gefährdet die Rechtsordnung nicht. Der Begriff der Gefährdung kann nur im Verhältnis zur Verletzung der Rechtsordnung gedacht werden. Gefährdung ist drohende Verletzung. Strafbarer Versuch ist daher nur denkbar, wenn die versuchte Handlung unter anderen, dem Handelnden günstigeren Umständen zum vollendeten verbrecherischen Erfolge, wenn die Gefährdung zur Verletzung der Rechtsordnung hätte auswachsen können.

Wer die reine Wahrheit beschwört, obgleich er glaubt, einen Meineid zu leisten, der gefährdet die Rechtsordnung nicht. Im Gegenteil er thut ihr einen Dienst, was er hintendrein zu seiner Beschämung gewahr wird.

Vom Standpunkt der Moral, welche auf das Wollen, nicht auf den Erfolg sieht, mag, wer lügt ebenso verächtlich sein als wie der, welcher bloss zu lügen vermeint. Das Strafrecht macht in der Wertung

---

[1]) 3c XXII, qu. 2.

der Handlungen einen in seinem Wesen begründeten Unterschied: Eine bloss subjektive Strafbarkeit der Handlungen kommt für die Objektivität des Strafrechts nicht in Betracht.

Auch die Römer hielten an dem von Buri[1]) dahin formulierten Grundsatz fest: „die Strafbarkeit ist eine (objektive) Thatsache, welche durch den blossen Willen, dass sie vorhanden sein solle, nicht konstituiert werden kann" — an dem Grundsatz des Paulus „plus est in re quam in existimatione mentis".

Wir lesen in § 8 de oblig. ex delicto Instit.: „. . sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri".

In gleichem Sinne sagt Ulpian in l. 46 § 8 Dig. de furtis 47, 2: . . quaeritur, si ego me invito domino facere putarem, cum dominus vellet, an furti actio sit. . . . verum est, ut, cum ego velim eum uti, licet ignoret, ne furti sit obligatus. — Testamentum, quod nullo iure valet, impune supprimitur" heisst es bei Paulus l. 38 § 6 Dig. de poenis 48, 19.

Die hier vertretene Straflosigkeit des sogenannten Versuchs am untauglichen Objekt, welcher nichts anderes ist als eine Abart des Putativdelikts, wird mit folgendem Einwande bestritten: Wenn der thatsächliche Irrtum eine objektiv strafbare Handlung straflos macht, wenn derjenige, welcher eine fremde Sache wegnimmt, in der Meinung es sei seine eigene, der Strafe nicht verfalle, so müsse konsequenter Weise eine an sich nicht strafbare Handlung, dadurch dass der Thäter irrtümlich das Vorhandensein eines die Handlung als Delikt charakterisierenden Merkmales annehme, die Eigenschaft einer strafbaren Handlung empfangen: Wer seine eigene, von ihm für eine fremde gehaltene Sache wegnehme, müsse als Dieb bestraft werden.

Die umgekehrte Anwendung des Grundsatzes vom error facti auf den „Versuch am untauglichen Objekt" wird mit der Begründung befürwortet: Da der thatsächliche Irrtum nicht zugerechnet werden könne, so könne er dem Thäter auch nicht zu statten kommen.[2])

Hierbei wird vergessen, dass der Eintritt der Strafe durch zweierlei bedingt ist: einmal durch die Existenz eines strafbaren That-

[1]) l. c. S. 266.

[2]) v. Zirkler in Hitzig's Annalen der deutschen und ausl. Kriminalrechtspflege 1838 S. 437.

bestandes, andererseits durch die Schuld des Thäters, sei sie Vorsatz, sei sie Fahrlässigkeit. Verbrecherischer Wille und objektiv strafbarer Thatbestand sind die beiden Voraussetzungen des ius puniendi. Fehlt nur eines der beiden Momente, cessiert die Strafe. Wie die culpa durch die Unmöglichkeit der Voraussicht, wird der dolus durch den error facti ausgeschlossen. Weiss der eine fremde Sache wegnehmende Thäter nicht, dass sie für ihn eine fremde ist, so fehlt der verbrecherische Wille, welcher den an sich strafbaren Thatbestand zur strafbaren Handlung macht. Umgekehrt ist beim „Versuch am untauglichen Objekt“ zwar der Vorsatz, der verbrecherische Wille, vorhanden, es fehlt aber am objektiv strafbaren Thatbestand. Dort fehlt der subjektive, hier der objektive Faktor, welche beide zusammen das Produkt der Kriminalität einer Handlung ergeben. So kommt es, dass zwar die falsche Vorstellung des Thäters von der Aussenwelt einen an sich strafbaren Thatbestand straflos macht, einer strafrechtlich unerheblichen Handlung hingegen keineswegs den Charakter eines strafrechtlich erheblichen Thatbestandes verleiht.

Nachdem wir den untauglichen Versuch im allgemeinen betrachtet haben, den „Versuch am untauglichen Objekt“ aus dem Gebiet des kriminellen Versuches verwiesen haben, wenden wir uns nunmehr zur umstrittensten Art des untauglichen Versuchs, „dem Versuch mit untauglichen Mitteln“, um daran die Behandlung des „Versuchs am nicht vorhandenen Objekt“ zu schliessen.

Kapitel VII.

Der Versuch mit untauglichen Mitteln.

Bis auf den heutigen Tag hält die Doktrin an der unfruchtbaren Klassifizierung der untauglichen Mittel in „relativ“ untaugliche und „absolut“ untaugliche nach dem Vorbilde Rossi's und Zachariae's fest. „Relativ“ untauglich werden die Mittel genannt, welche an sich tauglich wären, nur unter den Umständen des besonderen Falles nicht zur Vollendung führten, „absolut“ untauglich dagegen die, welche unter keinen Umständen geeignet seien, den unbeabsichtigten Erfolg herbeizuführen. Der Versuch mit relativ untauglichen Mitteln wird für strafbar, der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln für straffrei erklärt

Dieser die relative von der absoluten Untauglichkeit trennende objektive Standpunkt ist unzulänglich und führt zu den willkürlichsten Unterscheidungen. Nimmt der Thäter zum Zwecke der Vergiftung eine zu geringe Dosis Gift, so sehen hierin die einen ein relativ untaugliches Mittel, die andern ein absolut untaugliches, indem sie sagen: „Zu wenig Gift ist gar kein Gift.“ Ebenso steht es mit der zu kurzen Diebsleiter, der zu weiten Entfernung des durch Revolverschuss zu tötenden vom Thäter u. s. w. Fast übereinstimmend führt man als Beispiel absoluter Untauglichkeit den Fall an, dass jemand mittels Zuckers vergiften will. Und doch kann Zucker für einen Zuckerkranken die Wirkung eines Giftes haben. Auch das vom Feuerbach'schen Bauer versuchte Totbeten ist kein absolut untaugliches Mittel, wenn nämlich derjenige, der aus der Welt geschafft werden soll, an die magische Wirkung solcher Prozedur glaubt, durch sie in derartige Aufregung versetzt wird, dass er stirbt.

Daher ist die Zachariae'sche Definition:[1]) absolut untaugliche Mittel seien solche, welche ihrer Natur nach und unter keinen Verhältnissen den beabsichtigten Erfolg hervorzubringen vermögen, inhaltslos. Mittel, die unter keinen Verhältnissen wirken, giebt es nicht. Desgleichen verfehlt ist es, relativ untaugliche Mittel als solche zu definieren, die „an sich“ wirksam seien, bloss in concreto es nicht seien. Denn „Mittel an sich“ ist ein Nonsens; ein Mittel kann nur im Zusammenhang mit konkreten Umständen gedacht werden. Setzen wir aber das angewandte, wie sich durch die Nichtvollendung herausstellt, untaugliche Mittel, in Beziehung zum konkreten Fall, so ergiebt sich die Bodenlosigkeit des objektiven Standpunktes. Jedes in concreto vergeblich angewandte Mittel ist deshalb, weil es vergeblich angewandt ist, zum Erfolg nicht geführt hat, unter den besonderen Verhältnissen — in concreto — absolut untauglich.

Auch Köstlin[2]) betont, dass absolut untaugliche und in concreto oder relativ untaugliche Mittel sich nicht unterscheiden lassen, da jedes Mittel, selbst ein solches, das an sich ein taugliches genannt werde, nicht an und für sich sondern nur durch ein Zusammentreffen mit anderen Gegenständen und Dingen wirksam werde und daher, sobald die letzteren fehlen, auch als absolut untauglich gelten könne.

---

[1]) l. c. Teil I S. 239.

[2]) Neue Revision der Grundbegriffe S. 368 f.

Im Gedankengange Köstlin's sich bewegend führt das Reichsgericht im I. Bande seiner Entscheidungen (S. 439 f.) aus, dass die Möglichkeit der Kausalität von der Wirklichkeit derselben sich nicht unterscheiden lasse, dass vielmehr jede Handlung, die nicht wirklich kausal geworden sei, auch nicht kausal werden konnte. Hierin ist dem Reichsgericht durchaus beizustimmen. Nicht aber darin, dass wenn eine Handlung ausser Stande war, in concreto das Rechtsgut zu verletzen, durch die Handlung das Rechtsgut objektiv nicht gefährdet war. „Ob sie" — so heisst es in der Band VIII (S. 202 f.) abgedruckten Entscheidung — „ob sie nach einer andern Richtung hin, in Beziehung auf ein anderes Rechtsgut gefährlich gewesen sei, darüber kann wiederum lediglich daraus geurteilt werden, ob sie dieses andere Rechtsgut wirklich verletzt hat".

Der Begriff der Gefahr kann nicht ex post konstruiert werden, wie es von Seiten des Reichsgerichts geschieht. Es hiesse dies, dem Begriff der Gefahr sein Wesentliches nehmen, welches in der vor dem Eintritt der Gewissheit in ängstliche Spannung versetzenden Ungewissheit liegt. Die Gefährlichkeit einer Handlung steht von vornherein fest und kann auch durch den Erfolg nicht korrigiert werden, während die Ausführbarkeit einer Handlung, die Tauglichkeit eines Mittels, erst durch den exitus, die Vollendung der That, zu absoluten Grössen werden.

An der Gefährlichkeit eines Unternehmens, z. B. einer Gletscherfahrt, wird durch das erfreulichste Gelingen nichts geändert. Hat einem das Damoklesschwert zu Haupten gehangen, so lässt sich diese Thatsache durch den Umstand, dass ihm Ruhe und Sicherheit wird, nicht beseitigen.

Ein Naturereignis, z. B. ein Gewitter oder eine Überschwemmung, war dann gefährlich, wenn die Befürchtung, dass daraus unheilvoller Schaden entstehen könne, nach allgemeiner Erfahrung begründet war. Wird, wer ein Erdbeben erlebt hat und mit heiler Haut davongekommen ist, leugnen können, dass sein Leben in Gefahr geschwebt hat?

Der Versuch eines Verbrechens ist dann gefährlich, wenn der Plan des Verbrechers die Rechtsordnung zu Repressivmassregeln veranlasst hätte, falls sie diesen Plan in seiner Festigkeit und Tragweite gekannt hätte, wie ein Erdbeben für die Bewohner eines Hauses gefährlich ist, wenn diese, hätten sie den Eintritt der Naturerscheinung vorausgewusst, ihr Heim rechtzeitig verlassen hätten, um sich in Sicherheit zu bringen.

Eine Handlung ist als Handlung d. h. als gewusstes und gewolltes Produkt eines menschlichen Willens gefährlich, nicht also als nackter, von dem Willen seines Urhebers lostgelöster Thatbestand. Nicht die That ist beim Versuch gefährlich, sondern die Handlung, mithin der Wille, welcher die That in Beziehung zum verbrecherischen Zweck setzt. Gegen die Gefährlichkeit des gehörig objektivierten Willens richtet sich, wie wir sahen, die Strafe des Versuchs. Demgemäss ist dafür, ob eine Versuchshandlung gefährlich, soweit strafbar sei, in erster Linie die Konzeption des verbrecherischen Planes im Hirne des Thäters entscheidend.[1])

Nicht, als ob die subjektive Gefährlichkeit der Handlung zur Strafbarkeit ausreichte, nicht, als ob es allein darauf ankäme, dass der Thäter die von ihm geplante Handlung für eine die Rechtsordnung gefährdende hält, der von ihm in Bewegung gesetzten Maschine eine bestimmte Funktionskraft zutraut! — Der Begriff der Gefährlichkeit kann nicht ohne Beziehung auf den Bedrohten d. i. den in Gefahr gesetzten gedacht werden. Romagnosi[2]) sagt daher zutreffend: „Der Versuch, der auf etwas Unmögliches geht, ist unschädlich d. h. es geht ihm die schädliche Richtung ab, durch die er Furcht einflössen könnte.“

Zu weit geht es, wenn Rossi[3]) es einen „abus de mots“ nennt, wenn man diesen auf etwas Unmögliches gerichteten Versuch als „Versuch“ bezeichnet. Er sagt: „L'idée de commencement suppose la possibilité d'atteindre le but.“ Hätte Rossi Recht, dann gäbe es überhaupt keinen Versuch. Denn, wie bereits bemerkt, ist die Handlung nicht vollendet, so ist objektiv ihre Vollendung für einen alle Eventualitäten im Voraus berechnenden Geist von vornherein unmöglich gewesen. Dass die Handlung Versuch geblieben ist, beweisst, dass sie Versuch bleiben musste. Der Sinn des Versuchs liegt gerade darin, dass der Thäter die Ausführung seiner Handlung für möglich gehalten, an ihre künftige Vollendung geglaubt hat. Hätte der Fuchs in der Fabel vorhergewusst, dass die Trauben für ihn zu hoch hingen, so hätte er sicherlich nicht versucht, sie durch Springen zu erreichen. Was für den einen ausführbar erscheint, ist für den andern unüber-

---

[1]) Auch J. Kohler a. a. O. legt dem Plan des Verbrechers massgebende Bedeutung bei.

[2]) l. c. S. 746.

[3]) l. c. chap. 30.

windliche Schwierigkeit. Dieser zieht Hindernisse in Betracht, welche jenes Auge entgehen. Bis zur Vollendung ist die Ausführbarkeit einer Handlung etwas Relatives, sich nach der subjektiven Einsicht Richtendes. Erst die Vollendung bringt Gewissheit über die Ausführbarkeit. „Ein andres Antlitz, eh' sie geschehn, ein andres zeigt die vollbrachte That." Nur ein Geist wie der Kant-La Place'sche könnte mit absoluter Sicherheit die Verwirklichung oder Nichtverwirklichung eines Planes voraussagen. Versuch liegt stets vor, wenn jemand etwas von ihm für ausführbar gehaltenes erstrebt. Es ist daher kein „abus de mots", von Versuch zu reden, wenn das Kind die Sandkörner am Meeresstrande oder die Sterne am Himmel zu zählen versucht.

Auf anderem Felde liegt, dass ein auf etwas Unmögliches gehender Versuch straflos bleibt vermöge der Untauglichkeit nicht des Mittels sondern des ihm zu Grunde liegenden Planes, welcher die Rechtssicherheit nicht in Frage stellt. Niemand wird um sein Leben besorgt sein, wenn er eine Kinderpistole auf sich gerichtet sieht, an deren Wirksamkeit der Thäter glaubt. Nur dann ist der Wille des Thäters gefährlich, wenn er mit Dingen operiert, welche so, wie die thatsächlichen Verhältnisse von ihm in Anschlag gebracht sind, objektiv im stande sind, den erstrebten Erfolg herbeizuführen, wenn der Plan ein tauglicher ist. „Wercke die zur vollbringung der missethat dienstlich sein mögen" verlangt die Carolina. Der Bauer, der den Nachbarn totbeten will, um uns an das Schulbeispiel zu halten, freilich ist überzeugt, dass sein inbrünstiges Gebet zum Himmel dem andern das Leben kosten werde. Aber die Rechtsordnung glaubt nicht daran, sie überlässt die Gesellschaft dem Schutz der Naturgesetze. Der Plan des Thäters ist ein untauglicher. Nicht richtig ist, zu sagen, der Bauer habe gar nicht den ernstlichen Willen zu töten, den Fall mit der Bemerkung abzuthun: „Der Handelnde wünscht vielleicht den fraglichen Erfolg, hat aber, ihn zu wollen, nicht den Mut".[1]) Wenn man dem Bauern den ernstlichen Willen, das Verbrechen der Tötung zu begehen, abspricht, so geht man von der irrigen Voraussetzung aus, dass jemand, der zu diesem Zweck eine vom allgemein — vernünftigen Standpunkte so unvernünftige Procedur wie das Totbeten vornimmt, in Wirklichkeit kein Zutrauen in die Kraft seines Mittels setzt. Es ist aber sehr wohl denkbar, dass ein abergläubischer Mensch mit viel grösserer Be-

---

[1]) v. Bar l. c. S. 17.

stimmtheit an die Wirkung magischer Kräfte als an die Treffsicherheit eines Revolvers, eines irdischen Instrumentes, glaubt. Aberglaube verträgt sich sehr wohl mit intensiver verbrecherischer Neigung.

Die Straflosigkeit des Totbetens ist nicht damit zu begründen, dass kein eigentlicher Wille, sondern damit, dass infolge der Untauglichkeit, Ungefährlichkeit des Plans kein kriminell in Betracht kommender Wille vorhanden ist.

Der Forderung, über derartige Auswüchse perverser Phantasie Strafe zu verhängen, hält Rossi mit Recht die grössere Strafwürdigkeit der „notoirement vicieux et livrés a de funestes habitudes“ entgegen. Denn diese erblich belasteten, welche in der bestehenden Rechtsordnung keine Wohlthat sondern nur einen Kerker erblicken, aus dem die Wildheit ihres Ichs je eher je lieber ausbrechen möchte, sie sind weit gefährlicher als der Aberglaube, der mit Geistern im Bunde steht. Warum diese „notoirement vicieux“, solange sie keinen Angriff auf die Rechtsordnung unternehmen, der Strafe nicht verfallen, haben wir im Kapitel III auseinandergesetzt.

Steht es nun einerseits fest, dass ein strafrechtlich relevanter Wille, ein strafbarer Versuch nicht vorliegt, wenn der Erfolg auf die Art und Weise, wie es sich der Thäter ausmalt, nach allgemeiner Erfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge niemals eintreten kann, so ist doch andrerseits zu bedenken, dass „allgemeine Erfahrung“ und „gewöhnlicher Lauf der Dinge“ im Sinne eines notwendigen Natur-Kausalismus keine absoluten, für alle Zeiten unveränderlichen Begriffe sind, vielmehr wie alles dem „παντα ῥει“ unterworfen sind.[1]) Was in der einen Kulturperiode für möglich gilt, das gehört in der andern, welche deswegen noch nicht die „fortgeschrittenere“ zu sein braucht, zu den Ammenmärchen. Es ist hier nicht der Ort, zu untersuchen, inwieweit dem menschlichen Willen magische Kräfte innewohnen, inwieweit also absolut ein sich von der Magie Erfolg versprechender Wille strafrechtlich in Betracht kommt. Soviel ist gewiss, dass das moderne aufgeklärte Durchschnittsbewusstsein die Magie aus der Realität verweist.[2]) Die Römer glaubten an die Wirkung der

---

[1]) Cf. die Bemerkung J. Kohler's l. c. S. 44.

[2]) Ein hievon abweichendes Bekenntnis hat Schopenhauer niedergelegt in seinem Werke „Über den Willen in der Natur“. In dem Kapitel über „animalischen Magnetismus und Magie“ citiert S. folgenden Ausspruch des Roger Bako aus dem 13. Jahrhundert: „. . . Quod si ulterius aliqua anima maligna cogitat, fortiter de

„artes magicae": l. 4 Cod. 9, 18 droht denen schwere Strafe, „qui magicis adiuncti artibus aut contra salutem hominum moliti aut pudicos animos ad libidinem deflexisse detegentur."

Unser Resultat ist: Zum Vorhandensein eines strafbaren Versuches genügt es nicht, dass der Wille des Thäters subjektiv gefährlich sei, dass die Handlung eine in abstracto verbrecherische Tendenz habe, überhaupt auf Töten abziele. Das Töten muss mit Mitteln beabsichtigt sein, welche nach den Gesetzen des Kosmos den Erfolg der Tötung unter den Verhältnissen, wie sie der Thäter in seine Vorstellung aufgenommen hat, herbeizuführen im stande sind. Die subjektive, vom Thäter gedachte Möglichkeit des Eintritts des Erfolges bedarf der Ergänzung in der Harmonie mit der durch die Naturgesetze bedingten Möglichkeit. Spricht die Objektivität der Naturgesetze zu dem Plane des Thäters Ja und Amen, so kann er, um mit Köstlin zu reden, das gerechte Zutrauen haben, dass er kein totes, sondern ein lebendiges Ei in den Weltzusammenhang gelegt habe, welches bei sonstiger günstiger Konstellation das Kausalgesetz zur vollendeten That ausbrüten werde. Dann liegt kraft der Tauglichkeit des der Objektivierung des Willens zu Grunde liegenden Planes strafbarer Versuch vor. Demnach ist strafbar der Giftmischer, der in der Hast des letzten Augenblicks die Zuckerbüchse statt der Arsenikbüchse greift, welchen Fall die objektive Theorie als einen „absolut untauglichen" Versuch für straflos erklärt. Strafbar ist, wer einen Dolchstoss gegen eine gepanzerte Brust führt, wer einen Revolver abdrückt, der nicht losgeht, weil er mit Patronen zu grossen Kalibers geladen ist.

Straflos sind die Versuchshandlungen, wo die Aussichtslosigkeit der Anwendung des Mittels nicht etwa durch voraussehbare Konstellation des konkreten Falles bedingt ist, sondern wo die gedachte Tauglichkeit des Mittels unter Zugrundelegung der vom Thäter gekannten Aussenwelt ein logisches Unding ist.

Zur Strafbarkeit des Versuchs ist nicht nur erforderlich, dass der Thäter seinen Plan für tauglich halte; der Plan — nota bene: der Plan, nicht das Mittel — muss auch objektiv tauglich sein. Straflos

---

infectione alterius, atque ardenter desideret et certitudinaliter intendat atque vehementer consideret, se posse nocere, non est dubium, quin natura obediet animae." An derselben Stelle finden sich noch interessante Citate aus Theophrastus Paracelsus.

sind daher alle Versuchshandlungen mit untauglichem Plan, strafbar alle auf einem tauglichen Plan beruhenden.

Aus dem Zweck des Strafrechts, welcher im Schutz der einzelnen Rechtsgüter besteht, folgt, dass ein konkretes Rechtsgut durch den tauglichen Plan auch wirklich gefährdet sei, damit strafbarer Versuch vorliege.

Die Notwendigkeit uud Wesentlichkeit dieses Moments ergiebt sich aus der Betrachtung des nächsten Kapitels.

Kapitel VIII.

Der Versuch am nicht vorhandenen Objekt.

Unter „Versuch am nicht vorhandenen Objekt" verstehen wir in erster Linie den Fall, dass das Objekt, gegen welches der thäterische Wille gerichtet ist, überhaupt nicht existiert: z. B. der Abtreibungsversuch eines nicht schwangeren Weibes.

Sodann verstehen wir darunter den Fall, dass die konkrete Handlung ein anderes als das gewollte Objekt trifft, dieses andere Objekt aber gegen den Angriff des Thäters seiner Natur nach unempfindlich ist und in diesem Sinne daher auch „untauglich" genannt werden kann: z. B. der Tötungsversuch an einem für einen Menschen gehaltenen Baumstamm. Bei der aberratio ictus trifft die Handlung das gewollte Objekt um deswillen nicht, weil das andere getroffene Objekt auch noch im Kreise der Handlung lag, während bei der hier in Rede stehenden Versuchsart das andere gegen den Angriff des Thäters unempfindliche Objekt ausschliesslich vorhanden ist, das gewollte Objekt dagegen entweder garnicht oder doch wenigstens nicht im Bereiche der konkreten Handlung existiert. Der Unterschied an dem im Kapitel VI erörterten sogenannten „Versuch am untauglichen Objekt" besteht darin, dass dort eine den „Versuch am nicht vorhandenen Objekt" auszeichnende Unempfindlichkeit des getroffenen Objekts nicht gegeben ist, vielmehr lediglich die Qualifikation des gewollten Erfolges eine andere als die vom Thäter vorgestellte ist. Während ferner dort ein eigentlicher Versuch nicht vorliegt, weil die Handlung vollendet ist, haben wir es hier mit einem wirklichen Versuch zu thun, denn die Handlung ist in der Ausführung stecken geblieben: Wer einen vogelfreien Mann getötet hat in rechtswidriger Absicht, der hat die Handlung des Tötens vollendet; wer

aber gegen eine von ihm für einen schlafenden Menschen gehaltene Leiche einen Messerstich in mörderischer Absicht führt, der hat die Tötung nur versucht.

Beim „Versuch am untauglichen Objekt“ wird das Objekt der konkreten Handlung von dem gewollten Erfolge getroffen; beim „Versuch am nicht vorhandenen Objekt“ fehlt das leidende, gegen die Verletzung empfindliche Objekt. Genauer würde man insofern von einem Versuch an einem für den gewollten Erfolg nicht vorhandenen Objekt reden.

Wo aber ein durch die konkrete Handlung verletzbares, durch blossen Versuch der Handlung zu gefährdendes Objekt nicht existiert, da ist auch eine strafbare Handlung resp. strafbarer Versuch nicht möglich. Die Gefährdung des Leibes, Lebens, Eigentums, der Ehre, Freiheit, der Interessen des Fiskus, des keimenden Daseins im Mutterleibe u. s. w., nicht die Gefährdung der Rechtsordnung in abstracto ist der Rechtsgrund der Versuchsstrafe. Die Rechtsordnung kann nur gegefährdet oder verletzt werden durch Gefährdung oder Verletzung eines konkreten Rechtsguts, eines konkreten Rechtssubjekts, nicht des Eigentums, des Lebens u. s. w. als Begriffe, wie ein menschlicher Körper nicht in abstracto sondern nur durch Verletzung eines bestimmten Gliedes, einer bestimmten Stelle, verletzt werden kann.

Wenn A auf einen Baumstumpf schiesst, den er in der Dämmerung für seinen Feind B ansieht, so trifft er entweder oder er trifft nicht. Letztere Alternative wäre Versuch des Versuchs am nicht vorhandenen Objekt. Dies ist aber begrifflich ein Nonsens, weil versucht werden nur ein vollendetes Verbrechen werden kann. Trifft A den Baumstumpf, so verletzt er ihn, trifft er ihn nicht, gefährdet er ihn. Nicht aber verletzt oder gefährdet er den B, der vielleicht behaglich daheim sitzt bei den Seinen, weil dieser nicht Objekt der konkreten Handlung des A, für sie daher nicht vorhanden ist. Das von der That des A betroffene oder beinahe betroffene Objekt, der Baumstumpf, ist kein solches, welchem die Rechtsordnung gegen Verletzung oder Gefährdung Schutz angedeihen lässt; es ist für den von A erstrebten rechtsverletzenden Erfolg unempfindlich, nicht vorhanden. Wir sehen, in zwiefachem Sinne lässt sich von „Versuch am nicht vorhandenen Objekt“ reden, je nachdem man unter „Objekt“ das Objekt, welches der Thäter verletzen will oder das, welches er trifft, versteht. Dass eine derartige Versuchshandlung für das Strafrecht irrelevant ist, wird noch deutlicher,

wenn wir annehmen, dass B, dessen Tötung A beabsichtigt, vielleicht eben unter den Thränen der Seinen gestorben ist, oder dass der Thäter an einer Leiche, welche er für einen Schlafenden hält, einen Mordversuch begeht. Während im vorhin erwähnten Falle das Rechtsgut des Lebens eines bestimmten Menschen noch existiert und jeden Augenblick seinen ihm kraft seiner Eigenschaft als Rechtsgut zustehenden Anspruch auf Rechtsschutz geltend machen kann, ist es hier überhaupt nicht mehr vorhanden. Ein Rechtsschutz kann deshalb auch nicht mehr Platz greifen. Nur brennende Kerzen können gegen Zugluft in acht genommen werden, nicht ausgelöschte. Leichen vor Lebensberaubung schützen, hiesse abgeleerte Kirschbäume vor Sperlingen behüten.

Allerdings, wie die That von demjenigen, welcher ein entweder nicht als Objekt der konkreten Handlung oder überhaupt nicht mehr vorhandenes Menschenleben vernichten will, geplant ist, kann sie sehr wohl im stande sein, den beabsichtigten rechtsverletzenden Erfolg herbeizuführen: Wäre B an Stelle des von A mit ihm verwechselten Baumes gewesen, sein Leben wäre zweifellos gefährdet gewesen, und wäre der tote B der schlafende B gewesen, so hätte der schlafende B leicht der tote B werden können.

Erst dann ist aber die Tauglichkeit des Plans gleichbedeutend mit seiner „Gefährlichkeit“ für die Rechtsordnung, wenn das Objekt der aus dem tauglichen Plan hervorgehenden Handlung ein Objekt ist, welches von der Rechtsordnung geschützt wird und somit „gefährdet“ werden kann.

Die Gefährlichkeit d. h. die Strafbarkeit der Versuchshandlung setzt voraus:

1. einen tauglichen Plan,
2. ein durch die ihre Entstehung dem tauglichen Plan dankende konkrete Handlung gefährdetes Rechtsgut.

Wie zur Bestrafung der vollendeten That — dies hoben wir im Kapitel VI (S. 29/30) bei der Erörterung des „Versuchs am untauglichen Objekt“ hervor — zwei Momente sich vereinigen müssen, nämlich:

1. ein schuldhafter Wille,
2. ein objektiv strafbarer Thatbestand,

so tritt die Strafe der Versuchshandlung nicht ein, wenn einer der beiden vorerwähnten Faktoren ihrer „Gefährlichkeit“ fehlt. Während in dem Beispiel des Feuerbach'schen Bauern das Objekt, gegen welches sich der Wille des Thäters richtet vorhanden ist und im Falle

der Tauglichkeit des Plans gefährdet wäre, der taugliche Plan aber fehlt, fehlt umgekehrt hier beim „Versuch am nicht vorhandenen Objekt" das gefährdete Objekt, der taugliche Plan ist vorhanden. Hier wie dort cessiert wegen Mangels eines wesentlichen Faktors die Versuchsstrafe.

Moralisch mag derjenige, welcher einen Menschen ermorden will und sich nur versehentlich gegen einen leblosen Gegenstand wendet, mag das nicht schwangere Weib, welches einen Abtreibungsversuch begeht, auf derselben Stufe stehen, wie derjenige, dessen Dolchstoss sich im Kettenhemd des andern fängt, wie der Giftmischer, der irrtümlich seinem Opfer einen unschädlichen Stoff eingiebt. Kriminell ergiebt sich aus dem Zweck des Strafrechts, welcher in dem Schutz der konkreten Rechtsgüter gegen widerrechtliche Angriffe der Individuen besteht, ein Unterschied. Kohler,[1]) der die hier vertretene Ansicht einen unberechtigten Individualismus nennt, erkennt diesen Unterschied unter Hinweis auf die soziale Natur des Strafrechts nicht an. Das Rechtssubjekt, an welchem das Verbrechen verübt wird, sei nicht das einzelne Rechtsgut, sondern der Staat selbst. Wie schon gesagt, kann die Rechtsordnung, der Staat, aber nur durch Verletzung oder Gefährdung eines einzelnen Rechtsguts verletzt oder gefährdet werden. Nach Kohler's Ansicht ist Verletzung und Gefährdung der Rechtsordnung in abstracto denkbar. Daraus folgt die Strafbarkeit des „Versuchs am nichtvorhandenen Objekt", den es eigentlich nicht giebt, indem das Objekt der Gefährdung, der Staat, immer da ist, wenn nur der verbrecherische Plan ein tauglicher ist.

Der Fall, dass ein Dieb in eine leere Rocktasche greift oder in eine Scheuer einbricht, aus welcher der Eigentümer kurz zuvor seine Kornvorräte fortgeschafft hat, lässt sich als Gegenargument gegen die hier vertretene Theorie nicht verwenden. Auch hier, sagt man, fehle ja das Objekt, die fremde bewegliche Sache; demnach müsse nach unserer Theorie Straflosigkeit eintreten, wiewohl doch dem gesunden Rechtsgefühl nicht einleuchte, dass die Bestrafung des Taschendiebes davon abhängig sein solle, ob er mit Erfolg in die Tasche greife oder ob ohne Erfolg, dass ein Einbrecher, der in eine zufällig leere Scheune eindringe, deswegen weniger strafbar sei. Aber in diesen Fällen fehlt es gar nicht am Objekte, dessen Gefährdung durch die konkrete Handlung für uns Voraussetzung der Versuchsstrafe ist. Das durch

---

[1]) Studien I.

das Strafrecht gegen Diebstahl geschützte Objekt ist nicht die bewegliche Sache an sich; die Eigentumssphäre eines Individuums ist hier das verletzbare bezw. zu gefährdende Rechtsgut. Der mangels des für die Ausführung jeden Diebstahls notwendigen Substrates der beweglichen Sache erfolglos gebliebene Angriff des Taschendiebes[1]) richtete sich nicht gegen diese oder jene fremde bewegliche Sache, sondern gegen das einem bestimmten Eigentümer zustehende, rechtlich geschützte Eigentum. Nicht das Portemonnaie ist gefährdet — es ist soeben zu seinem Glück von der rechten Tasche, in die der Dieb greift, in die linke gewandert — sondern gefährdet ist der Eigentümer als solcher. Soweit ist Abstraktion notwendig. Nicht aber richtet sich der Angriff eines Diebes gegen das Eigentum als solches, als Idee, gegen die Rechtsordnung in abstracto: Kein strafbarer Diebstahlsversuch ist daher der in diebischer Absicht begangene Einbruch in eine von seinem Eigentümer derelinquierte Waldhütte, wo der Dieb nichts als Pilze und Moos vorfindet, sowenig wie die Wegnahme einer derelinquierten Sache in diebischer Absicht Diebstahl ist: Es fehlt am rechtlich geschützten Eigentümer, der durch die Handlung in der Sicherheit seines Eigentums bedroht ist.

Dass A, welcher ruhig daheim schläft, derweil sein Feind B gegen einen Stein, den er im nächtlichen Dunkel für den Leib des A hält, einen Keulenschlag führt, durch solche Handlung des B in seinem Leben bedroht sei, lässt sich nicht in demselben massgeblichen Sinne behaupten, in welchem wir soeben von der Gefährdung des Eigentümers als solchen durch den missglückten Diebstahlsversuch eines Taschendiebes sprachen. Leben und Persönlichkeit sind miteinander verwachsene, untrennbare Begriffe. Auf die Rocktasche und die Scheuer erstreckt sich die Eigentumssphäre des Eigentümers; nicht aber giebt es eine Lebenssphäre, die sich auf jeden im Zusammenhang mit dem Leben eines bestimmten Individuums stehend gedachten Gegenstand erstreckt. Bei dem vereitelten Taschen- und Einbruchsdiebstahl hat die konkrete Handlung eine wirkliche Beziehung zu der Person, welche Träger des von der Rechtsordnung durch Strafe geschützten Rechtsguts ist, während bei dem an einem Stein oder an einer Vogelscheuche begangenen Mordversuch diese Beziehung wie bei der Wegnahme einer herrenlosen Sache in diebischer Absicht nur eine gedachte ist.

[1]) Dass hier ein gewöhnlicher, durch einen Zufall vereitelter Versuch vorliegt, deutet schon Krug, l. c. S. 21, an.

der Tauglichkeit des Plans gefährdet wäre, der taugliche Plan aber fehlt, fehlt umgekehrt hier beim „Versuch am nicht vorhandenen Objekt“ das gefährdete Objekt, der taugliche Plan ist vorhanden. Hier wie dort cessiert wegen Mangels eines wesentlichen Faktors die Versuchsstrafe.

Moralisch mag derjenige, welcher einen Menschen ermorden will und sich nur versehentlich gegen einen leblosen Gegenstand wendet, mag das nicht schwangere Weib, welches einen Abtreibungsversuch begeht, auf derselben Stufe stehen, wie derjenige, dessen Dolchstoss sich im Kettenhemd des andern fängt, wie der Giftmischer, der irrtümlich seinem Opfer einen unschädlichen Stoff eingiebt. Kriminell ergiebt sich aus dem Zweck des Strafrechts, welcher in dem Schutz der konkreten Rechtsgüter gegen widerrechtliche Angriffe der Individuen besteht, ein Unterschied. Kohler,[1]) der die hier vertretene Ansicht einen unberechtigten Individualismus nennt, erkennt diesen Unterschied unter Hinweis auf die soziale Natur des Strafrechts nicht an. Das Rechtssubjekt, an welchem das Verbrechen verübt wird, sei nicht das einzelne Rechtsgut, sondern der Staat selbst. Wie schon gesagt, kann die Rechtsordnung, der Staat, aber nur durch Verletzung oder Gefährdung eines einzelnen Rechtsguts verletzt oder gefährdet werden. Nach Kohler's Ansicht ist Verletzung und Gefährdung der Rechtsordnung in abstracto denkbar. Daraus folgt die Strafbarkeit des „Versuchs am nichtvorhandenen Objekt“, den es eigentlich nicht giebt, indem das Objekt der Gefährdung, der Staat, immer da ist, wenn nur der verbrecherische Plan ein tauglicher ist.

Der Fall, dass ein Dieb in eine leere Rocktasche greift oder in eine Scheuer einbricht, aus welcher der Eigentümer kurz zuvor seine Kornvorräte fortgeschafft hat, lässt sich als Gegenargument gegen die hier vertretene Theorie nicht verwenden. Auch hier, sagt man, fehle ja das Objekt, die fremde bewegliche Sache; demnach müsse nach unserer Theorie Straflosigkeit eintreten, wiewohl doch dem gesunden Rechtsgefühl nicht einleuchte, dass die Bestrafung des Taschendiebes davon abhängig sein solle, ob er mit Erfolg in die Tasche greife oder ob ohne Erfolg, dass ein Einbrecher, der in eine zufällig leere Scheune eindringe, deswegen weniger strafbar sei. Aber in diesen Fällen fehlt es gar nicht am Objekte, dessen Gefährdung durch die konkrete Handlung für uns Voraussetzung der Versuchsstrafe ist. Das durch

---

[1]) Studien I.

das Strafrecht gegen Diebstahl geschützte Objekt ist nicht die bewegliche Sache an sich; die Eigentumssphäre eines Individuums ist hier das verletzbare bezw. zu gefährdende Rechtsgut. Der mangels des für die Ausführung jeden Diebstahls notwendigen Substrates der beweglichen Sache erfolglos gebliebene Angriff des Taschendiebes[1]) richtete sich nicht gegen diese oder jene fremde bewegliche Sache, sondern gegen das einem bestimmten Eigentümer zustehende, rechtlich geschützte Eigentum. Nicht das Portemonnaie ist gefährdet — es ist soeben zu seinem Glück von der rechten Tasche, in die der Dieb greift, in die linke gewandert — sondern gefährdet ist der Eigentümer als solcher. Soweit ist Abstraktion notwendig. Nicht aber richtet sich der Angriff eines Diebes gegen das Eigentum als solches, als Idee, gegen die Rechtsordnung in abstracto: Kein strafbarer Diebstahlsversuch ist daher der in diebischer Absicht begangene Einbruch in eine von seinem Eigentümer derelinquierte Waldhütte, wo der Dieb nichts als Pilze und Moos vorfindet, sowenig wie die Wegnahme einer derelinquierten Sache in diebischer Absicht Diebstahl ist: Es fehlt am rechtlich geschützten Eigentümer, der durch die Handlung in der Sicherheit seines Eigentums bedroht ist.

Dass A, welcher ruhig daheim schläft, derweil sein Feind B gegen einen Stein, den er im nächtlichen Dunkel für den Leib des A hält, einen Keulenschlag führt, durch solche Handlung des B in seinem Leben bedroht sei, lässt sich nicht in demselben massgeblichen Sinne behaupten, in welchem wir soeben von der Gefährdung des Eigentümers als solchen durch den missglückten Diebstahlsversuch eines Taschendiebes sprachen. Leben und Persönlichkeit sind miteinander verwachsene, untrennbare Begriffe. Auf die Rocktasche und die Scheuer erstreckt sich die Eigentumssphäre des Eigentümers; nicht aber giebt es eine Lebenssphäre, die sich auf jeden im Zusammenhang mit dem Leben eines bestimmten Individuums stehend gedachten Gegenstand erstreckt. Bei dem vereitelten Taschen- und Einbruchsdiebstahl hat die konkrete Handlung eine w i r k l i c h e Beziehung zu der Person, welche Träger des von der Rechtsordnung durch Strafe geschützten Rechtsguts ist, während bei dem an einem Stein oder an einer Vogelscheuche begangenen Mordversuch diese Beziehung wie bei der Wegnahme einer herrenlosen Sache in diebischer Absicht nur eine g e d a c h t e ist.

[1]) Dass hier ein gewöhnlicher, durch einen Zufall vereitelter Versuch vorliegt, deutet schon K r u g , l. c. S. 21, an.

Ist aber die Beziehung der That zu dem Träger des Rechtsguts keine in Wirklichkeit bestehende, vielmehr bloss gedachte, ist der Träger des Rechtsguts durch die konkrete Handlung weder verletzt, noch gefährdet, existiert am Ende gar das Rechtsgut resp. der Träger des Rechtsguts, mit Bezug auf welchen allein es Rechtsgut ist, überhaupt nicht, fehlt es mit einem Wort am Objekt, so ist auch die Rechtsordnung, welche zum Schutz der konkreten Rechtsgüter, nicht aber um ihrer selbst willen zur Aufrechterhaltung der „Idee des Rechts" da ist, nicht verletzt oder gefährdet, somit auch der Rechtsgrund der Strafe, insbesondere der Versuchsstrafe nicht gegeben.

Was wir bereits bei Erörterung der „Versuchs am untauglichen Objekt" im Kapitel VI als massgebend hervorhoben, muss auch hier als Richtschnur dienen: Der Zweck, welchen die einzelnen Strafsatzungen verfolgen. Die auf das Verbrechen der Abtreibung stehende Strafe soll die dem Leben entgegenreifende Leibesfrucht schützen, nicht aber soll sie reagieren gegen den auf Abtreibung gerichteten bösen Willen; die Strafbestimmung für Mord und Totschlag wendet sich nicht gegen den Willen, zu töten, sondern den Erfolg der Tötung, der Vernichtung des Rechtsguts des Lebens.

Zu verwerfen ist daher die der Willensstrafe das Wort redende Entscheidung des Reichsgerichts — abgedruckt im VIII. Bande der Entscheidungen S. 198 —, welche strafbaren Abtreibungsversuch an einer nichtschwangeren Frauensperson annimmt, zu verwerfen die Ausführung daselbst (S. 203/4), dass wenn der mörderische Angriff sich gegen einen Schatten richte, zwar ein reeller Gegenstand des Angriffs überhaupt nicht mehr vorhanden sei, aber weder aus dem Gesichtspunkt der Kundgebung des verbrecherischen Willens[1]), noch aus dem Mangel der objekiven Gefährdung eines Rechtsguts irgend ein Grund ersichtlich sei, die Handlung anders zu beurteilen, als wenn sie gegen den Baumstamm, das Tier oder die menschliche Leiche gerichtet gewesen wäre.

Der Verbrechensbegriff ist hier in einer Weise subjektivisiert, dass man, um Rossi's Worte zu gebrauchen, befürchten muss ein „retomber dans tous les dangers, qui accompagnent la punition de la pensée".

---

[1]) Hierin ist beizustimmen: Ein „tauglicher Plan" liegt vor.

Kapitel IX.

Vom Rücktritt.

Die Lehre vom Rücktritt setzt das Wesen des Versuches ins hellste Licht, welches, wie wir sahen, in der Beziehung des Willens zu einem in der Zukunft liegenden, nicht erreichten, Erfolge besteht. Kraft dieser Beziehung verleiht der gehörig objektivierte Wille der Handlung den Charakter einer kriminellen Versuchshandlung. Der Rücktritt zeigt nun, wie durch Aufhebung dieser charakterbestimmenden Beziehung der Charakter der Handlung als krimineller Versuchshandlung wieder beseitigt wird.

Unter Rücktritt versteht man das Abstehen von der weiteren Ausführung der bis zum Versuchsstadium gediehenen verbrecherischen Handlung.

Die Vollendung einer strafbaren Handlung schliest Straflosigkeit begrifflich aus. Die Wirkung des Geschehenen kann der Thäter allerdings aus der Welt schaffen. Da aber die Strafe nicht durch diese Wirkung, sondern durch die Handlung selbst bedingt ist, so ist die vom Gesetzgeber im Falle „thätiger Reue" gewährte Straflosigkeit juristisch inkonsequent und rechtfertigt sich nicht aus der die Wirkung abwendenden Handlung selbst, sondern aus kriminalpolitischen Erwägungen, welche ihrerseits vom Zweck des Strafrechts, einen die Integrität des gesellschaftlichen Organismus angreifenden Schaden zu vermeiden, ausgehen. Hat der Brandstifter Feuer angelegt, so kann diese Thatsache durch das Auslöschen des Feuers nicht ungeschehen gemacht werden [1]. Wer einem anderen Gift beigebracht hat, entgeht der Bestrafung aus § 229 R.St.G.B. selbst dann nicht, wenn er gleich hinterdrein ein Gegengift eingiebt und die Wirkung des Giftes aufhebt, wie die Strafe des § 5 des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884 auch denjenigen trifft, welcher eine zwecks Gefährdung eines Menschenlebens hingelegte Dynamitbombe noch rechtzeitig wieder aus der Sphäre des Bedrohten entfernt, bevor ein Schade eingetreten ist.

---

[1]) § 310 R.St.G.B. gewährt der thätigen Reue Straflosigkeit, aber auch nur dann, wenn „ein weiterer als der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schade" nicht entstanden ist.

Ein Dieb, der eine Sache an sich genommen hat, aber wieder an Ort und Stelle legt, hat gestohlen, er bleibt daher Dieb. Praeterita revocari non possunt.

Der römische Jurist Caelius sagt in l. 17 § 1 Dig. 21, 1, dass ein fugitivus, der mutato consilio zurückkehrt, fugitivus bleibt: „Nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit“.

Anders verhält es sich mit dem Rücktritt vom strafbaren Versuch. Eine Annullation der äusseren Thätigkeit ist freilich auch hier nicht angängig. Die Thatsache, dass der Dieb die Hand nach dem Kleinod ausgestreckt hat, ist unumstösslich; auch dass er die Absicht hatte, zu stehlen, ist unabänderlich. Diese Absicht nun giebt der Zurücktretende auf und durch solche Aufgabe des verbrecherischen Zwecks verliert die Handlung ihren Charakter als kriminelle Versuchshandlung, welcher ihr allein kraft der Beziehung des in ihr objektivierten Willens zum deliktuosen Erfolge eigen war. Die Handlung erscheint nicht mehr als Mittel zum strafbaren Zweck, als welches allein sie von krimineller Bedeutung ist, sondern als Selbstzweck. Sie büsst die kriminelle Lebensader ein, sie vertauscht die strafrechtliche Maske mit einer harmlosen, das Strafrecht nicht interessierenden Physiognomie.

Während die durch „thätige Reue“ gewonnene Straflosigkeit lediglich auf kriminalpolitischen Gründen beruht, so ist die durch den Rücktritt herbeigeführte Straffreiheit ein logisches Postulat, da der Rechtsgrund der Versuchsstrafe in der durch die Beziehung des Willens zum strafbaren Erfolge bedingten Gefährlichkeit der Handlung, nicht in der Handlung an sich, liegt, folglich das Interesse des Strafrechts an der Handlung erlischt, sobald sie nur noch Handlung an sich, nicht mehr gefährliche Handlung ist. Es geht der Handlung wie dem Krieger, der seine gefährliche Rüstung auszieht und damit in die Reihe der gewöhnlichen, ungefährlichen Wesen tritt — wie dem Simson, dem Delila die Locken geraubt hat. Der Schlange sind die Giftzähne ausgebrochen. Mit dem Rücktritt entweicht der Odem, welcher der Handlung strafrechtliches Leben einhauchte; sie stirbt für das Strafrecht ab. Die glühende Kohle wird zur grauen Schlacke.

Übertriebenes Gewicht legt u. E. R. Herzog in seiner Schrift „Rücktritt vom Versuch und thätige Reue“ (S. 151 f.) auf die auch von uns anerkannte Wahrheit: „Die Thatsache, dass sich das Willensmoment einmal reflektiert habe, könne nicht aus der Welt geschaffen

werden, wie ein ausgelöschtes Feuer deshalb, weil es nicht mehr brenne, doch nicht aufhöre, Feuer gewesen zu sein."

Die Annahme, dass die Beziehung des in der Handlung objektivierten, sichtbar gewordenen Willens zum verbrecherischen Erfolge eine anhaltende sei, die Handlung in unbehinderter Fortsetzung zur Vollendung führen würde, eine Wahrscheinlichkeitsannahme, auf welche gerade die Versuchsstrafe sich gründet, wird jedoch widerlegt durch die Thatsache des Rücktritts. Nur insofern die Handlung den Keim zur Vollendung in sich trägt, ist sie strafbare Versuchshandlung. Der Rücktritt zerstört diesen Keim. Der vom verbrecherischen Willen verlassene äussere Thatbestand trägt die Wahrscheinlichkeit der Vollendung nicht mehr in sich. Er kann den verbrecherischen Erfolg nicht aus sich gebären, da der befruchtende Wille fehlt.

Die Versuchshandlung verliert aber durch den Rücktritt ihre strafrechtliche Bedeutung ganz nur dann, wenn sie nicht ein vollendetes Delikt in sich schliesst, von welchem der Thäter nicht zurücktreten kann. Der Notzuchtversuch bleibt trotz des Rücktritts des Thäters möglicherweise strafbar als Beleidigung, Körperverletzung oder als eine mit Gewalt an einer Frauensperson vorgenommene unzüchtige Handlung (S. 176, 1 R.St.G.B.). Andrerseits bleibt das Interesse des Strafrechts an der Handlung solange wach, als noch irgend ein andrer Wille ausser dem des Zurücktretenden den objektiven Thatbestand belebt. Hieraus folgt, dass der Rücktritt nur den Zurücktretenden, nicht aber ohne weiteres auch den Gehülfen von Strafe löst, dass m. a. W. der Rücktritt höchstpersönlichen Charakter hat. [1])

Dafür nun, dass die die Handlung zum kriminellen Versuch stempelnde Beziehung des Willens zum verbrecherischen Erfolge wirklich aufgegeben sei, der Wille seine die Versuchsstrafe begründende Gefährlichkeit abgestreift habe, legt absolut sicheres Zeugnis nur der freiwillige, nicht „durch andere Mittel wider seinen Willen" veranlasste Rücktritt des Thäters ab. Nur dann ist der Anspruch auf Straffreiheit gegeben, wenn der Wille sich gewissermassen selbst tötet, selbst das Band zwischen sich und dem Erfolge durchschneidet. Er,

---

[1]) In diesem Sinne sind Entscheidungen des Reichsgerichts ergangen, so E. III, 249 Urt. vom 13. I. 1881 und E. VI, 341 Urt. vom 6. VI. 1882. Der Rücktritt ist Strafausschliessungsgrund. Es liegt kein Schuldausschliessungsgrund wie im Falle des § 51 R.St.G.B. vor, wo auch der Teilnehmer straflos ausgeht. (E. 11, 56, E. 21, 14.)

der die Beziehung zum deliktuosen Erfolge gesetzt hat, muss sie auch wieder vernichten. Für die äussere Erscheinung besteht kein Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Rücktritt: Die Wirkung für die Aussenwelt ist dieselbe, ob nun der Wille zu sich selbst Nein sagt oder ob er an der Macht der Verhältnisse scheitert. Innerlich besteht ein merklicher Unterschied: Ist der Rücktritt ein „unfreiwilliger", so bleibt der Wille in der versuchten, nicht zur Vollendung gekommenen Handlung zurück. Er trennt sich nicht von seinem Produkt und schaut sehnsüchtig nach dem Ziele, dessen Erreichung die Ungunst der gegenwärtigen Verhältnisse unmöglich macht — das Bild gebrochener Kraft. Beim freiwilligen Rücktritt zieht sich der Wille in sich selbst wie die Schnecke in ihr Haus zurück und kehrt der im Versuchsstadium zurückgelassenen Handlung den Rücken — das Bild sich bescheidender Resignation. Die Grenze zwischen Nichtkönnen und Nichtwollen, zwischen unfreiwilligem und freiwilligem Rücktritt, ist keine absolut scharfe, da in einem wie im andern Falle Motive auf den Willen wirken und der Begriff der „Freiwilligkeit", wie schon der Name sagt, einen absolut freien, der Wirksamkeit von Motiven nicht unterworfenen Willen voraussetzt, welchen es nicht giebt. In diesem Sinne ist eigentlich jedes Nichtwollen auch ein Nichtkönnen, giebt es keinen „freiwilligen" Rücktritt. Massgebend dafür, ob Nichtwollen oder Nichtkönnen vorliegt, ist lediglich, ob die den Rücktritt veranlassenden Motive nur in der inneren Reflexion des Thäters oder ob sie in der gegenwärtigen Gestaltung der Objektivität, wie sie sich zur Zeit des Rücktritts darstellt, liegen. Das Nichtwollen wird dem Nichtkönnen bisweilen zum Verwechseln ähnlich sehen, beides fliesst ineinander über. — Ein Dieb, der sich in ein Haus einschleicht, hört plötzlich Geräusch, Menschenstimmen, Hundegekläff, sieht Licht; er eilt davon. Zweifellos ist dies Nichtkönnen, „unfreiwilliger" Rücktritt. Der Dieb glaubt irrtümlich, Geräusch zu hören, Licht zu sehen und tritt zurück. Auch diesen Fall wird man unter die Rubrik des „Nichtkönnens" bringen, da der Grund des Abstehens von der Ausführung nicht in eigener, unabhängiger Entschliessung des Thäters, sondern in der gegenwärtigen Objektivität, allerdings einer vermeintlichen, liegt. Der Dieb fürchtet für den Fall der Vollendung der Handlung, entdeckt zu werden; er fürchtet, der im Nebenzimmer schlafende Eigentümer könne aufwachen und ihn in flagranti ertappen, er lässt daher den Diebstahl unausgeführt. Dies ist Nichtwollen. Der

Rücktritt des Thäters ist durch Umstände veranlasst, welche äussere Hinderungsgründe wären und als solche die „Freiwilligkeit“ des Rücktritts ausschlössen, wenn sie in der Gegenwart lägen. Dass sie in der Zukunft liegen, macht das Nichtkönnen zum Nichtwollen.

Gleichgiltig ist es im Falle des Rücktritts aus Furcht vor späterer im Falle der Vollendung der Handlung möglicher Entdeckung, ob das gefürchtete Ereignis unmittelbar nach dem Rücktritt des Thäters oder ob es in der Folge überhaupt nicht eintritt; ob der Eigentümer, der bestohlen werden sollte, gleich nach der Entfernung des Diebes aufwacht, ihn noch die Treppe hinunterlaufen hört oder ob der Eigentümer überhaupt nicht mehr aufwacht, weil ihn der Schreck über die Anwesenheit einer fremden Person, deren Schritte er nebenan gehört hat, in den ewigen Schlaf versenkt hat. Ebensowenig kommt zu Gunsten des Thäters in Betracht, dass er willens war, schon im nächsten Augenblick, nachdem er wegen „Nichtkönnens“ hatte zurücktreten müssen, sua sponte von der Fortsetzung der Handlung Abstand zu nehmen. A, schon zu Beginn der That zwischen Scham und Wollust schwankend, versucht die B zu notzüchtigen. Die B schreit, A lässt ab. Dieser Rücktritt ist kein „freiwilliger“, macht daher den A nicht straffrei, wiewohl er vielleicht im selben Moment, wo die B aufschrie, entschlossen war, die Notzucht nicht auszuführen und gleich darauf so wie so die Handlung unvollendet gelassen hätte. In solchem Falle wird der Thäter, wie ersichtlich, das Opfer eines Zufalls. Dies ändert nichts an dem massgebenden Prinzip, dass nur dann Straflosigkeit Platz greift, wenn es zweifellos ist, dass der Grund des Rücktritts in der Person des Thäters selbst liegt, dass die Beziehung des Willens zum verbrecherischen Erfolge vom Thäter selbst als dem Setzer dieser Beziehung aufgehoben ist. Zweifellos ist dies aber nur dann, wenn in concreto die Objektivität schweigt und allein der Wille selbst seine Stimme gegen sich erhebt.

Nicht von Bedeutung ist, ob der Wille die Beziehung zum verbrecherischen Erfolge ein für alle Male oder nur interimistisch, in meliorem fortunam, aufhebt. Allein entscheidend ist die Aufhebung der Beziehung zwischen dem Willen und dem die Fortsetzung der konkreten Handlung bildenden Erfolge, nicht zu dem verbrecherischen Erfolge, der irgendwann einmal eintreten kann, zum verbrecherischen Erfolge in abstracto. Auch Rossi macht keinen Unterschied zwischen

„abandon absolu du projet criminel“ und „ajournement à un moment plus favorable“.

Dass der Thäter beabsichtigt, in der nächsten Stunde das von ihm zerschnittene Band zwischen Wille und Erfolg wieder anzuknüpfen, fällt deshalb nicht ins Gewicht, weil es immerhin möglich ist, dass er sich noch eines andern besinnt, den verbrecherischen Vorsatz definitiv aufgiebt. Wie beschaffen sein wahrer Wille ist, lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit feststellen: Ob der Thäter, wenn er auch im Augenblick des Rücktritts willens ist, dem verbrecherischen Plan für immer den Laufpass zu geben, nie wieder die fahrengelassene Beziehung zum deliktuosen Erfolge aufzunehmen, nicht doch dem Reize der nächsten vielleicht noch günstigeren Gelegenheit erliegt; ob andererseits, wer für dieses Mal von der Ausführung der Handlung bloss deshalb absteht, weil er an einem Opfer nicht genug hat, am folgenden Tage deren zwei zu haben hofft, diese seine Absicht auch wirklich zur That macht, sich nicht vielmehr hinterdrein bittere Vorwürfe über seinen abscheulichen Plan macht, dies alles ist nicht gewiss.

Abandon absolu und ajournement in der strafeliminierenden Wirkung gleichzusetzen, empfiehlt sich auch aus einem praktischen Gesichtspunkt: A ist beim Versuch eines Verbrechens begriffen. Plötzlich kommt ihm der Gedanke, die Ausführung aufzuschieben. Er sagt vor sich hin: „Heute nicht, morgen“. B hört dies. A erfährt, dass B ihn belauscht hat. Muss A sich nun sagen, dass er auf keinen Fall straflos ausgeht, weil er im Augenblick des Rücktritts seinen verbrecherischen Plan nicht definitiv hat fallen lassen, so wird diese Überlegung ihn in der Wiederaufnahme desselben bestärken. Weiss er hingegen, er bleibt straflos, auch wenn er nur vorläufig von der Vollendung Abstand genommen hat, so kann gerade diese Reflexion für ihn der Beweggrund definitiver Aufgabe des verbrecherischen Planes werden.

Der Einwand, „aufgeschoben sei nicht aufgehoben“ ist demnach theoretisch wie praktisch nicht stichhaltig. Wenn Zachariae dagegen geltend macht, der Wille dauere als verbrecherischer Wille fort, falls er nicht ein für allemal die Beziehung zum strafbaren Erfolg negiere, so kann man auch von demjenigen, der sich nur durch Furcht vor Strafe von der Vollendung des versuchten Verbrechens abhalten lässt, im übrigen aber für sein Leben gern dem anderen den Garaus gemacht hätte, sagen, sein Wille dauere als verbrecherischer fort. Gleichwohl wird

man straffreimachenden Rücktritt annehmen. Denn das Motiv, sei es noch so niedrig, hervorgegangen aus berechnendem Egoismus, weit entfernt von in sich gehender Reue, ist ohne jeden Einfluss auf die Straflosigkeit des Zurücktretenden, berührt das Wesen des Rücktritts nicht. Ebensowenig, wie das Motiv bei der Zurechnungsfrage hinsichtlich des vollendeten Verbrechens eine Rolle spielt. Diebstahl liegt vor, ob nun A dem B sein letztes Stückchen Brot nimmt, oder ob A dem reichen B wie Crispin das Leder stiehlt, um den Armen Schuhwerk daraus zu fertigen. Ob A den B, gegen den er bereits den Dolch gezückt hat, aus Mitleid am Leben lässt, oder weil er sich von seinem Fortleben die erheblichsten Vorteile verspricht und deshalb beschliesst, den B erst nach geraumer Zeit bei Seite zu schaffen, dies mag moralisch einen grossen Unterschied bedeuten, kriminell stehen die Fälle gleich: Hier wie dort ist die dem straffrei machenden Rücktritt wesentliche Aufhebung der Beziehung zwischen dem Willen und der die Fortsetzung der konkreten Versuchshandlung bildenden Vollendung des Verbrechens erfolgt.

Es erübrigt, ein Wort über die Form des Rücktritts zu sagen. Zwischen der Form des Rücktritts von den Begehungsdelikten und von den Unterlassungsdelikten besteht ein natürlicher Unterschied.

Beim Begehungsdelikt verlangt der Rücktritt eine Unterlassung, beim Unterlassungsdelikt ein Thun als contrarius actus. Der Rücktritt von einem Begehungsdelikt besteht in der Regel im blossen Abstehen von fernerer Thätigkeit, in einer die bisherige Aktivität ablösenden Passivität. Bei den Unterlassungsdelikten muss umgekehrt auf die den Erfolg bewirken sollende Unthätigkeit ein positives Eingreifen des Thäters in den Kausalzusammenhang erfolgen, damit von Rücktritt die Rede sei.

Wie dann, wenn bei den Unterlassungsdelikten der Rücktritt zu spät kommt, die der bisherigen Passivität entgegengesetzte Thätigkeit den rechtswidrigen Erfolg nicht mehr aufhalten kann? Dann muss der Wille den Erfolg als gewollt vertreten, ebenso wie beim verspäteten Rücktritt vom Begehungsdelikt. Es genügt nicht, dass der Thäter die Beziehung zum verbrecherischen Erfolge aufgebe, es muss dies in einer Weise geschehen, dass die Objektivität eine Wirkung davon verspürt, d. h. dass der unter Strafe gestellte Erfolg nicht eintritt. Der Rechtsordnung kommt es nicht sowohl auf die Willensänderung des Verbrechers, als vielmehr auf die hierdurch herbeigeführte Vermeidung

des rechtsverletzenden, schädlichen Erfolges an. Wie es keine Gedankenstrafe giebt, die Strafe des Versuchs durch eine gehörige Objektivierung des verbrecherischen Willens bedingt ist, so kennt das Strafrecht auch keine Gedankenprämie. Eine Mutter, die durch Entziehung von Nahrung ihren Säugling hat sterben lassen wollen und, von Reue und Mitleid besiegt, die Brust zu spät dem sterbenden Kinde reicht, entgeht der Strafe nicht.

Die Form der Aktivität ist dem Rücktritt aber nicht ausschliesslich bei dem durch Unterlassung begangenen Versuch eigen:

Während beim Rücktritt von Unterlassungsdelikten stets Unthätigkeit durch Thätigkeit, beim Rücktritt von Begehungsdelikten in der Regel umgekehrt Thätigkeit durch Unthätigkeit aufgehoben wird, kommt es bei den Begehungsdelikten, wenn sie nämlich in ein gewisses Stadium eingetreten sind, vor, dass Thätigkeit durch Thätigkeit unwirksam gemacht wird. Naturgemäss ist hier die Thätigkeit, welche die den Versuch begründende Thätigkeit zu nichte macht, der von ihr aufzuhebenden entgegengesetzt, keine sie fortführende. Dies ist der Fall bei dem sogenannten „beendigten Versuch". „Beendigter Versuch" liegt vor, wenn die Handlung bis zu einem Punkte gediehen ist, dass sie ohne ferneres Zuthun des handelnden Individui der Wahrscheinlichkeit nach zum Erfolg führen wird; wenn das Geschehene die latente Ursache des bezweckten Erfolges enthält.

Auch über den „beendigten" Versuch streiten die objektive und die subjektive Theorie. Nach der objektiven Theorie ist der Versuch „beendigt", wenn alles geschehen ist, was zur Herbeiführung des Erfolges objektiv geschehen musste. Sowie aber der Thäter alles gethan hat, was er thun musste, damit der Erfolg eintrete, ist die That vollendet und für den Versuch kein Raum mehr. Wie nach der objektiven Theorie jeder Versuch, eben weil er Versuch geblieben ist, „untauglich" sein müsste, so kann eine Handlung, die alle Bedingungen des Erfolges erfüllt, nur eine vollendete, keine versuchte sein.

Vom subjektiven Standpunkt ist „beendigter Versuch" bereits dann gegeben, wenn alles gethan ist, was der Thäter zur Herbeiführung des Erfolges für notwendig *hielt*. Es ist einleuchtend, dass dieses Prinzip zu unhaltbaren Konsequenzen führen muss, ebenso wie in der Lehre vom „untauglichen" Versuch aus der absoluten Massgeblichkeit des subjektiven Denkens der Widersinn der Bestrafung des totbetenden Bauern folgt. Manch einer glaubt, seinerseits nichts mehr zur Herbei-

führung des erstrebten Erfolges thun zu müssen, und ist doch dem Erfolge kaum einen Schritt entgegengegangen. Er verlangt von der Entwicklung der Dinge mehr, als sie leisten kann.

Das richtige Prinzip ergiebt sich wiederum durch die Moderation des subjektiven Standpunktes durch ein Körnchen Objektivität. Wie in der Lehre vom „untauglichen" Versuch, ist auch hier beim „beendigten" Versuch in erster Linie das Bild massgebend, welches dem Thäter von der Qualität seiner Handlung als erfolgsverursachend vorschwebt. Der Versuch ist aber nur dann als „beendigt" anzusehen, wenn vom Standpunkt des Thäters aus mit einiger objektiver Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass der Erfolg nicht ausbleibt, sich vielmehr an die Handlung des Thäters anreihen werde. Der Thäter muss, wie J. S. Böhmer sagt, alles gethan haben, quantum in ipso fuit et ad consummandum delictum necessarium putavit. Spekuliert der Thäter in offenem Widerspruch mit den Gesetzen der Natur und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so liegt ein „beendigter" Versuch nicht vor.

Die Form des Rücktritts vom beendigten Versuch ist, wie erwähnt, die der einer voraufgegangenen Thätigkeit entgegengesetzten Thätigkeit. A schüttet Gift in den Wein, den B, wie A auf Grund seiner Kenntnis von den Gewohnheiten des B annimmt, in einigen Minuten geniessen wird. A entfernt sich. Der Vergiftungsversuch ist beendigt. Unterwegs fasst den sich entfernenden A die Reue. Will A vom Versuch zurücktreten, den Grund der Strafe beseitigen, so darf er nicht in Unthätigkeit verharren, er muss dem dahinrollenden Rade des Naturkausalismus in die Speichen greifen, sonst rollt es weiter und führt zum verbrecherischen Erfolge, dem Tod oder der Krankheit des B. A muss eine erneute Thätigkeit anwenden, er muss hingehen und den vergifteten Wein fortgiessen. Kommt der reuige A zu spät, hat B bereits den Wein getrunken, so liegt ein straffreimachender Rücktritt des A nicht vor, denn der verbrecherische Erfolg, um welchen sich das ganze Strafrecht dreht, ist nicht abgewandt.

Umgekehrt, wenn A vom beendigten Versuch nicht zurücktreten wollte, gar nicht daran dachte, den gesundheitsschädlichen Stoff aus dem Bereiche des B zu setzen, B aber zufällig den für ihn täglich bestimmten Wein gerade an diesem Tage verschmäht hat, so trifft den Thäter die geringere Strafe des Versuchs: Die That ist nicht vollendet,

der schädliche Erfolg ist nicht eingetreten. Warum ihm, dem Verdienstlosen, nicht die Strafe der vollendeten That wird, davon wird eingehend das nächste, letzte Kapitel handeln.

Kapitel X.

Die relative Strafbarkeit des Versuchs.

Im Kapitel über die „Grenze der Strafbarkeit des Versuchs“ setzten wir den Grund der absoluten Strafbarkeit des Versuchs in die Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Verbrechens und die hierdurch verursachte Gefährlichkeit der Handlung. Gleichzeitig deuteten wir daselbst an, dass für die Beurteilung der relativen Strafbarkeit des Versuchs, um welche es sich hier handelt, die Möglichkeit der Nichtvollendung von Bedeutung sei. (S. 20.)

Aus der veränderlichen Natur des Willens und dem Grundsatz, dass allein die That den wahren Charakter des Willens offenbare, folgt die geringere Strafbarkeit des Versuchs im Verhältnis zur Vollendung. Denn mit absoluter Sicherheit lässt sich von demjenigen, der eine That bis zum Stadium des strafbaren Versuchs geführt hat, nicht behaupten, dass er sie, wäre er nicht gehindert worden, auch vollendet hätte. Die blosse Wahrscheinlichkeit der Vollendung rechtfertigt eine Gleichstellung der Strafe des Versuchs mit der Vollendung nicht.

Wer will sagen, ob der Pfeil, der zu Anfang kräftigen Flug zeigte, wäre er nicht in der Mitte der Bahn an einem Hindernis abgeprallt, sein Ziel erreicht hätte, oder ob er nicht vorher matt zur Erde gesunken wäre? Hat man es nicht oft erlebt, dass die zum tötlichen Streiche erhobene Axt der zitternden Hand des reuigen Thäters entfiel, ehe sie das Opfer traf?

Nur den Schein hat daher die Argumentation für sich: „Da das zwischen Versuch und Vollendung eintretende Hindernis unabhängig von der Willkür des Verbrechers ist, so rechtfertigt sich die geringere Strafe des Versuches nicht; der Verbrecher verdient sie nicht, weil nicht er, sondern die Macht der Umstände am Missgelingen, an der Verhütung des rechtverletzenden Erfolges schuld ist“.

Solche Argumentation beruht auf der absoluten und daher unzutreffenden Voraussetzung, dass der Wille von Anfang bis zu Ende derselbe geblieben wäre, sie bedenkt die Möglichkeit des Rücktritts nicht.

Rossi's Satz muss gelten: „L'homme ne connait la volonté de son semblable que par les faits qui la révèlent". Auch kriminalpolitisch wäre es verfehlt, auf die blosse Vermutung von der Andauer des verbrecherischen Willens, auf die Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Verbrechens die Gleichbemessung der Versuchs- und Vollendungsstrafe zu gründen. Bestraft man denjenigen, der ein Verbrechen bloss versucht hat, ebenso hart, wie wenn er es vollendet hätte, so greift man der Zukunft vor, man stellt dem Thäter ein verfrühtes Zeugnis aus. Es ist dies gerade so, als wollte der Vater seinem unfleissigen Sohne schon vor der Nichtversetzung die für den Fall der Nichtversetzung angedrohte Strafe angedeihen lassen, während es doch möglich ist, dass nachträglicher Fleiss den anfangs Faulen in die höhere Klasse bringt. Wie dieses Verfahren seitens des Vaters sehr unklug wäre, weil es den Sohn nur noch fauler machen würde, so enthielte die Bestrafung des Versuchs mit der Strafe des vollendeten Verbrechens geradezu eine Aufforderung, einen Ansporn, jedes angefangene Verbrechen zu Ende zu führen, und würde somit dem Zweck des Strafrechts, der Verletzung von Rechtsgütern vorzubeugen, direkt zuwiderlaufen: Der Verbrecher, an seinem ihn zur Reue befähigenden besseren Selbst verzweifelnd, würde in allen Fällen, wo ihm der freiwillige Rücktritt verschlossen ist, das versuchte Verbrechen zu vollenden trachten, weil er sich sagen müsste: „Äquivalent für die mir bevorstehende Strafe ist allein die Genugthuung, welche mir das vollendete Verbrechen bringt. Ich verlange einer meiner Strafe angemessene Gegenleistung von der Gesellschaft."

Im Kapitel IV (S. 19) wiesen wir darauf hin, dass es gerade vom Standpunkt der Willenstheorie konsequent wäre, den Versuch erst dann zu strafen, wenn er in der Form des „fehlgeschlagenen Verbrechens" erscheint. Hieraus folgt aber für die Willenstheorie gleichzeitig, dass das „délit manqué", das „delictum perfectum", mit derselben Strafe wie das delictum consummatum zu belegen ist. Denn über die wirkliche Beschaffenheit des thäterischen Willens kann beim délit manqué kein Zweifel obwalten. Ist auch die That nicht zur Vollendung ausgereift, so ist doch der Wille in das Stadium der Unveränderlichkeit getreten, er hat feste Form angenommen. Wir haben den wahren Willen des Thäters vor uns. Aus dem Willen des Thäters lässt sich — dies muss zugegeben werden — hier eine geringere Strafe des Versuchs nicht rechtfertigen. Romagnosi straft daher das vereitelte

Verbrechen, welches er „subjektiv konsumiertes" Verbrechen nennt, in gleichem Maasse wie das objektiv konsumierte mit der Begründung (l. c. § 693), dass der Zufall, durch welchen der Schaden nicht eingetreten sei, den Thäter von Schuld nicht befreien könne [1]).

Hier nun greift der Erfolgsgedanke ein. Romagnosi verkennt die Bedeutung des Zufalls im Strafrecht, welcher in der That schuldbefreiende und schulderzeugende Kraft hat, wie wir bereits im Kapitel vom Rücktritt beobachtet haben. Die Verfassung des Willens ist zweifellos die gleiche wie beim delictum perfectum so beim delictum consummatum. Ob A auf B schiesst und den B trifft, oder ob A daneben schiesst, weil ihn C zufällig am Ellenbogen berührt oder B im kritischen Moment eine leichte Wendung mit dem Kopfe macht — die mörderische Absicht des Thäters wiegt in einem Fall soviel als im andern. Die moralische Schuld ist die gleiche, nicht die kriminelle, welche in erster Linie durch den Erfolg bestimmt wird. Der Gesetzgeber ahndet mit Strafe einen durch Schuld verursachten rechtswidrigen Erfolg. Das eigentliche Objekt der Strafe, das eigentliche Verbrechen, ist daher nur die von dem rechtswidrigen Erfolg begleitete verbrecherische Handlung. Nur durch Aufhebung eines gewissen physischen Zustandes ist die Rechtsordnung verletzt. Die auf Tötung gerichtete Handlung ist straffällig um ihrer Gefährlichkeit willen, keineswegs aber gleich strafbar wie eine die Verletzung des Rechtszustandes herbeiführende, den Verbrechensbegriff erfüllende Handlung. Die Notwendigkeit, den Versuch, jeden Versuch milder zu strafen als die Vollendung, folgt aus dem Wesen des Strafrechts, welches nicht, wie die Moral, gegen das Gewissen reagiert, vielmehr nur die äussere rechtliche Ordnung gegen Eingriffe schützt.

Ein durchschlagendes Argument für die Wahrheit, dass nicht der Wille, sondern der eingetretene Schade, der Erfolg Gegenstand der Strafe ist, stellt dar das Fahrlässigkeitsdelikt. Die gröbste Fahrlässigkeit, welche ohne irgend welche vom Strafgesetzgeber verpönte Folgen bleibt, kommt kriminell nicht in Betracht. Eine Mutter, welche ihr Kind so unglücklich fallen lässt, dass es den augenblicklichen Tod davonträgt, wird wegen fahrlässiger Tötung bestraft. Wird dank einem glücklichen Zufall das fallende Kind von einem hinzueilenden Dritten

[1]) Ebenso Bayern 1751, Österreich 1768. Preussen 1721, dagegen straft das delictum perfectum milder als das delictum consummatum.

aufgefangen und so vor Unfall bewahrt, so bleibt die unvorsichtige Mutter straflos. Die bedrohlichste Unvorsichtigkeit mit einem geladenen Gewehr findet an sich keine Strafe, sondern nur, wenn der Zufall durch sie die Verletzung eines von der Rechtsordnung durch Strafe geschützten Gutes herbeiführt.

Nicht auf Fahrlässigkeit, sondern auf fahrlässige Körperverletzung, Tötung u. s. w. steht Strafe. Ebensowenig, wie es vom Willen des Thäters abhängt, ob die Fahrlässigkeit überhaupt von strafrechtlich relevanten Folgen begleitet, ob sie somit überhaupt straffällig ist, ist sein Wille dafür entscheidend, welche Folgen auf Grund der Fahrlässigkeit eintreten, aus welchem Gesichtspunkt die Fahrlässigkeit Strafe trifft: Ein Fuhrmann fährt mit einem kistenbeladenen Wagen in schnellem Tempo durch eine belebte Strasse. Da er versäumt hat, die Kisten zu befestigen, fällt eine derselben einem Passanten auf den Kopf. Ob nun die culpa des Thäters diesem eine Bestrafung wegen fahrlässiger Körperverletzung oder wegen fahrlässiger Tötung einbringt, das ist Sache des Zufalls. Wegen fahrlassiger Tötung wird der Fuhrmann verurteilt, wenn die Kiste so unglücklich fällt, dass sie den Schädel des getroffenen Passanten zerschmettert; verursacht sie hingegen nur leichte Hautabschürfungen, so trifft denselben Fuhrmann eine geringe Strafe wegen fahrlässiger Körperverletzung. Straflos geht der Fuhrmann aus, wenn die Kiste aufs Strassenpflaster fällt, ohne einen pönalen Schaden anzurichten, obwohl in diesem Falle dem Thäter derselbe Grad von Fahrlässigkeit wie im Falle der culposen Verletzung und Tötung eines Menschen vorzuwerfen ist. Wir sehen: Vom Erfolge hängt das Ob und Wie der Strafe der culpa ab.[1])

Wie der blosse Vorsatz, die Beschäftigung des Willens mit dem rechtsverletzenden Erfolge nicht zur Begründung der Strafbarkeit hinreicht, es vielmehr erforderlich ist, dass ein rechtsverletzender Erfolg in der Welt sei oder wenigstens, dass der Wille sich in der Richtung nach dem rechtsverletzenden Erfolge objektiviert, Erfolgsqualität habe, so verwirkt auch die culpa, die Ignorierung eines möglicherweise eintretenden, rechtsverletzenden Erfolges seitens des thäterischen Willens, keine Strafe, wenn der Erfolg ausbleibt.

---

[1]) S. 329, Abs. 2 R.St.G.B. statuiert für die Nichterfüllung eines mit einer Behörde über Bedürfnisse des Heeres zur Zeit eines Krieges abgeschlossenen Vertrages zu Grunde liegende Fahrlässigkeit nur dann Strafe, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist.

Beides muss vorhanden sein: Ein schuldhafter Wille und eine die Rechtsordnung in ihrem Bestande tangierende Wirkung. Wie einerseits der Wille nur dann für den Erfolg verantwortlich ist, wenn er ein doloser oder kulposer ist, so ist andrerseits der schuldhafte Wille kriminell nur dann erheblich, wenn er einen Erfolg verursacht hat.

Dass der Erfolg, nicht der Wille, im Strafrecht die Hauptrolle spielt, bezeugen auch die in unserm Reichsstrafgesetzbuch häufigen Fälle, wo die Verhängung entweder von Strafe überhaupt oder eines höheren Quantums von Strafe — letzteres ist das Häufigere — vom Eintritt eines schädlichen Erfolges im Anschluss an eine vorsätzliche Handlung abhängig gemacht wird, eines Erfolges, welcher in das Bewusstsein des Thäters ebensowenig aufgenommen zu sein braucht wie die rechtliche Folge einer objektiv strafbaren Handlung, damit der Thäter „schuldig" sei. Es ist dies die Erscheinung der in unserm ersten Kapitel bereits als „vorsätzliche Handlungen im weiteren Sinne" charakterisierten Handlungen.

Ohne Rücksicht darauf, ob der Wille zu dem eintretenden Erfolge im voraus Ja gesagt hat oder nicht, sind nachfolgende schwere Körperverletzung bezw. nachfolgender Tod in folgenden Fällen für die Schuld des Thäters gravierend[1]:

§§ 178 (Notzucht), 220 (Abtreibung), 221 (Aussetzung) 224 und 226 (Körperverletzung) — § 225 spricht gegensätzlich zu § 224 von dem Fall, dass die dort bezeichneten Folgen beabsichtigt waren —, 227 (Schlägerei, bei welcher jemand umkommt), 229 (Vergiftung), 239 (Freiheitsberaubung), 251 (Raub), 307 (Brandstiftung), 312 (Überschwemmung), 315 (Eisenbahntransportgefährdung), 321 (Schleusen- und Brückenbeschädigung), 323 (Strandung eines Schiffes), 324 (Brunnenvergiftung).

Gravierendes Moment ist der Erfolg ferner in folgenden Paragraphen des R.St.G.B.:

§§ 87 (Landesverrat mit folgendem Kriege), 322 (Verrückung von Feuerzeichen und hierdurch bewirkte Strandung eines Schiffes), 327 (Verletzung von Absperrungsmassregeln bei Seuchen und hierdurch verursachte Erkrankung eines Menschen), 328 (dasselbe mit nachfolgendem Tode eines Stückes Vieh). § 139 macht zur Bedingung der Bestrafung der unterlassenen Anzeige des Vorhabens eines Verbrechens, dass das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist und § 154 bestimmt: Wessen Meineid die Verurteilung eines Angeklagten zum Tode oder zu Zuchthaus oder einer andern

[1]) § 5, Abs. 2 des Sprengstoffgesetzes vom 9. VI. 1884 lässt gleichfalls schwere Körperverletzung und Tod erhöhende Wirkung auf das Strafmass ausüben, wenn auch der Zufall beides herbeiführt.

mehr als fünf Jahre betragender Freiheitsstrafe zur Folge hat, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft, während die Minimalstrafe bloss ein Jahr Zuchthaus beträgt, wenn das Gericht den Angeklagten auf Grund des geleisteten Meineides etwa nur mit vier Jahren Gefängnis bestraft.

Alle die voraufgeführten Strafsatzungen sind ein deutlicher Belag für den Grundsatz:

Indem der Wille eine That will, ist er sofort stillschweigend darauf gerichtet, durch die Kausalität gebunden zu werden (Buri l. c.). Somit hat er auch das Mehr über das Gewollte hinaus zu vertreten; es gilt von ihm mitumfasst und wird ihm daher „zugerechnet“.

Weiter ist die Grösse des entstandenen Schadens auch für die Strafausmessung von erheblichem Einfluss, ungeachtet der Absicht des Thäters: Ein Dieb dringt in eine Räumlichkeit mit dem Entschluss ein, alles, was er nur irgend an Wertgegenständen findet, zu stehlen. Fällt ihm wider Erwarten nichts als ein Paar alte Stiefel in die Hände, so wird seine Strafe weit geringer sein, als wenn er sich mit vielen Juwelen aus dem Staube macht. Die Intensität, der Umfang der verbrecherischen Absicht bestimmt nicht die relative Strafbarkeit der Delikte, sondern abgesehen von der mehr oder weniger verbrecherische Raffinerie bekundenden Art und Weise der Ausführung die That selbst d. h. der durch sie verursachte Schade, die Höhe des Objekts.

Der Satz des Demosthenes (Philipp. III) „το δ'ευσεβες και το δικαιον ἀν τ'ἐπι μικρον τις ἀν τ'ἐπι μειζονος παραβαιη, την αὐτην ἐχει δυναμιν“ ist ein spezifisch moralischer Satz. Er hat im Strafrecht, als welches es nicht mit der Gesinnung sondern mit der That zu schaffen hat, keinen Platz: Ob sich strafrechtlich jemand ἐπι μικρον oder ἐπι μειζονος vergeht, das ist ein sehr erheblicher Unterschied. Darauf beruht das gesamte Strafensystem mit seinen Abstufungen. „Injustitia eo maior est, quo maius damnum infertur“, sagt Hugo Grotius[1]) mit Recht. Verbrechen ist Schädigung der Allgemeinheit. Der zu verhütende Schaden giebt allein den richtigen Massstab für die anzudrohende Strafe, sei der Schaden nun realer oder idealer Natur. Der Begriff des Schadens ist bei den verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten ein sehr verschiedener. Im alten Thessalien stand die Todesstrafe auf die Tötung eines Storches als eines heiligen Vogels: Diese Sühne verlangte das allgemeine religiöse Gefühl, wie sie der polnische Nationalstolz seiner Zeit für die Tötung eines Auerochsen forderte. Die drakonischen Be-

---

[1]) de iure belli et pacis II cap. 20 § 30.

stimmungen des Sprengstoffgesetzes vom 9. Juni 1884 erklären sich aus dem gesteigerten Sicherheitsbedürfnis der bedrohten Gesellschaft. Je bedrohlicher, schädlicher für die Allgemeinheit sich ein Erfolg darstellt, desto schärfer sind die vom Strafrecht angewandten Reaktionsmittel. Diebstahl verletzt die Integrität der Gesellschaft nicht in demselben Masse wie Mord: Das Leben steht höher im Preise als das Eigentum. Je weniger die allgemeine Sicherheit durch eine Handlung tangiert wird, je kleiner die Kreise sind, welche eine Handlung zieht, desto geringer das Interesse der Allgemeinheit an der Vermeidung des Erfolges, wie die Existenz der Antragsdelikte beweist.

Die Moralisten unter den Kriminalisten, welche sich an das Binding'sche „Du sollst nicht" halten, müssten konsequenterweise gleiche Strafe für den Zerstörer einer fremden Sache wie für den Zerstörer eines fremden Menschenlebens fordern: Beide verletzen das Gebot des Gehorsams gegen die Norm, beide verstossen gegen den kategorischen Imperativ der Pflicht. Verstoss ist Verstoss — την αυτην εχει δυναμιν.

Den Grund der Strafe in einer antimoralischen Triebfeder suchen bedeutet eine Verkennung des Wesens des Strafrechts, welches sich nicht gegen den Willen, sondern in erster Linie gegen den schädlichen Erfolg wendet.

Hieraus würde an sich die gänzliche Straflosigkeit des Versuchs folgen, als bei welchem der schädliche Erfolg ausgeblieben ist. Der über die That hinausreichende Wille oder vielmehr seine die Gesellschaft beunruhigende, gefährliche Objektivierung in der Richtung nach dem verbrecherischen Erfolge würde dann aber ausser acht bleiben.

Je näher die That an die Vollendung gestreift hat, je näher der Thäter das Bild des Schadens, vor welchem das Strafrecht sie schützen will, in den Horizont der Gesellschaft gerückt hat, desto grösser war die Gefährlichkeit der Handlung, desto mehr musste die Gesellschaft mit der Möglichkeit des Eintritts des rechtsverletzenden Erfolges rechnen, desto stärker daher auch die Notwendigkeit der Sühne, desto höher das anzuwendende Strafmass.

Indess so weit kann das Sühnebedürfnis niemals gehen, dass der Versuch gleich der Vollendung zu strafen wäre. Eine solche Gleichstellung der Versuchs- mit der Vollendungsstrafe verbietet der das Strafrecht beherrschende Erfolgsgedanke.

In der ersten Periode des Strafrechts war der Erfolg allein massgeblich für die Frage der Zurechnung. Das Eventusprinzip herrschte, Kasualhaftung galt. Das Strafrecht kannte nur Ereignisse, keine Handlungen. War ein die Gemüter beunruhigender, schädlicher Erfolg nur entfernt mit einer Persönlichkeit in Verbindung zu bringen, so musste diese Persönlichkeit den Erfolg büssen. Ebenso wie Notwehr nicht von Strafe löste — nach Sachsensp. II art. 14 hatte, wer in Notwehr einen andern erschlug, das Wergeld des Erschlagenen zu zahlen —, wurde der Träger der Waffe, an welcher sich jemand zufällig verletzte, mit Strafe belegt. „So weit ging die Auffassung des einen Schaden verursachenden als eines willenlosen Werkzeuges in der unsichtbar lenkenden Hand des Geschickes.“ (Wilda, Strafrecht der Germanen S. 552).

Es ist eine noch heute bei den Naturvölkern häufig beobachtete, aus dem Glauben, niemand könne eines natürlichen Todes, sondern nur durch äussern Unfall oder Zauberei sterben, fliessende Erscheinung, dass man nach Schuldigen spürt und sich hierbei von den willkürlichsten Eingebungen leiten lässt, bloss damit der Erfolg der Zerstörung eines Menschenlebens seine Sühne finde.

Der germanische Begriff der Missethat setzt einen schädlichen Erfolg voraus. Das gothische skapjan ist ein Synonym fär „schaden“ und „Unrecht thun“. [1]) Der Verbrecher heisst ein „schädlicher Mann“. Wo der Erfolg ausbleibt, verhängt das germanische Strafrecht keine Strafe. Le fait juge l'homme. Aus der dem altdeutschen Rechtssprüchwort „Man kann falschen Mut nicht sehen, die That sei denn dabei“ [2]) zu Grunde liegenden Idee folgt die grundsätzliche Straflosigkeit des Versuchs, welche der Strafbarkeit ungewollter Missethat entspricht. Sämtliche deutschen Volksrechte lassen den allgemeinen Begriff des strafbaren Versuchs vermissen. Erst allmählich trifft gewisse nächste Versuchshandlungen Strafe, dem germanischen Schadensgedanken entsprechend jedoch nie dieselbe wie die der Vollendung, auch nicht beim „vereitelten Verbrechen“: Die lex Salica straft das in mörderischer Absicht geschehene Hineinstossen eines Menschen

---

[1]) cf. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II S. 535 f.

[2]) Dieses Sprüchwort erinnert an Rossi's Satz: L'homme ne connait la volonté de son semblable que par les faits, qui la révèlent und an Lelièvres (l. c. S. 21) Ausspruch: Soli Deo onmipotenti datur perscutari corda et renes, homines autem iudicium ferre debent ex factis externis.

in einen Brunnen mit einer Busse von 600 Schilling, falls der Mensch das Leben verliert; nur mit 100 Schilling hat der Thäter zu büssen, wenn der Mensch gerettet wird.

Auch im älteren römischen und hellenischen Recht finden wir das nackte Eventusprinzip. Doch nicht nur das Strafrecht, auch das sittliche Bewusstsein kehrt sich bei den alten Griechen mit gleicher moralischer Zerknirschung gegen das eigene Ich, mochte die That als Verbrechen beabsichtigt oder auf Grund eines verhängnisvollen Zufalls geschehen sein, wie uns die Oedipustragödie lehrt.

In der Iliade, Buch XXIII, Vers 85 heisst es: *ευτε με τυτθον εοντα μενοιτιος εξ Θποεντος-ήγαγεν υμετερον δ' ανδροκτασιη υπο λυγρης-ήματι τῳ ότε παιδα κατεκτανον Αηφιδαμαντος-νηπιος ουκ εθελων αμφ' αστραλαγοισι χολωθεις.* Auf diese homerische Stelle nimmt der römische Jurist Claudius Saturninus in l. 18 § 8 Dig. de poenis 48,19 Bezug. Bei Aufzählung der das Strafmass beeinflussenden Momente stellt er das Postulat auf: „Eventus spectetur" und erinnert an die Griechen, apud quos exilio voluntario fortuiti casus luebantur.

Wenn auch späterhin die Schuldformen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit die Kausalhaftung verdrängt haben, der Begriff des verantwortlichen Willens ins Strafrecht einzog, so ist doch der Gedanke nicht ausgelöscht, dass der Erfolg gegenüber dem Willen eine gewichtige Stimme habe. Darum sagt der römische Jurist „eventus spectetur". In l 22 Cod. de poen. 9, 47 heisst es: Sancimus ibi esse poenam, ubi et noxa est. L 11 de poen. Dig. 48, 19 verbietet eine geringere bezw. härtere Strafe, „quam causa deposcit". Die Strafe soll bemessen sein „prout quaeque res postulat". L. 1 § 2 de extr. crim. 47, 11 straft versuchte Unzucht milder als vollendete: Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur.

Die italienischen Statutarrechte setzen die Versuchsstrafe regelmässig niedriger an als die Strafe der Vollendung.[1]) Clarus fordert nur bezüglich der delicta atrocia Gleichstellung der Versuchs- und Vollendungsstrafe. Im übrigen sagt er:[2]) . . standum est generali consuetudini, ut conatus non puniatur nisi sequatur effectus.

Art. 178 der C.C.C. straft den Versuch „aber in einem Fall härter denn in dem andern angesehen gelegenheit und gestalt der

---

[1]) J. Kohler, Studien III.

[2]) Sent. rec. lib. V § fin. qu. 92.

sach“ und giebt damit zu erkennen, dass sie den Versuch prinzipiell gelinder straft als die vollendete That; wie Art. 109, der von der Straff der zauberey spricht, den, der zauberey gebraucht aber damit niemand schaden gethan hat, mit geringerer Strafe belegt als denjenigen, welcher leuten durch zauberey schaden oder nachteil zufügt; wie ferner — analog der citierten l. 1 § 2 Dig. 47, 11 — Art. 119 den Thäter bei vollendeter Unzucht härter bestraft als in dem Fall, dass die Frauensperson sich des Thäters „erwert oder von solcher beschwernuss sunst erreth würd.“

Die auf der C.C.C. beruhenden Landesstrafgesetze halten im allgemeinen an der milderen Strafe des Versuchs fest. Vom Standpunkt des kanonischen Rechts war bereits die Rede.

Für die deutschen Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts wird die Bestimmung des Code pénal „toute tentative est considéré comme le crimé même“ vorbildlich, so z. B. für Preussen 1851 und Bayern 1861. Auch das österreichische Strafgesetzbuch (§ 8) sagt: „Schon der Versuch eines Verbrechens ist das Verbrechen selbst.“

Das Reichsstrafgesetzbuch ist von dieser Verirrung zu dem dem Wesen des Strafrechts allein entsprechenden Grundsatz zurückgekehrt, welchen es in § 44, Abs. 1 ausspricht: „Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen als das vollendete.“

Die von der Geschichte des Strafrechts bekundete, aus seinem Wesen folgende Thatsache von der Bedeutung des Erfolges findet ihren Wiederhall in der unmittelbaren Erkenntnis des Volksbewusstseins.

Wie verschieden ist der Eindruck eines vollendeten Verbrechens von dem, welchen ein versuchtes — auch das délit manqué — hervorruft! Dort steht das Volk unter dem Banne des Erfolges, der seine schwarzen Fittiche auf die Gemüter herabsenkt. Der Ruf nach Sühne wird laut. Die Erregung des Volkes ist nicht entfernt die gleiche beim blossen Verbrechensversuch. Kaum will es dem natürlichen Instinkt der Menge einleuchten — diese Erfahrung kann man im Verkehr mit Laien täglich machen — dass der Versuch überhaupt Strafe findet, dass Strafe verhängt wird, wo kein schädlicher Erfolg eingetreten ist.

Zutreffend hebt Lelièvre hervor, dass der ideale Schaden, das verminderte Vertrauen auf die Kraft des Gesetzes beim versuchten Verbrechen bei weitem nicht so gross sei als bei der Konsummation des Delikts. Rossi sagt im selben Sinn: „Les hommes ne confondent

pas, n'ont jamais confondu l'auteur d'un crime manqué avec l'auteur d'un crime consommé".

Das innerste Rechtsbewusstsein des Volkes würde sich dagegen sträuben, wenn derjenige, gegen welchen ein vereitelter Mordversuch begangen ist, Zeuge der Hinrichtung des Thäters wäre, welcher an ihm zum Mörder kraft eines Zufalls nicht geworden ist. Unschuldig würde dann nach den Begriffen der Menge der Delinquent den Tod leiden; anstatt der Genugthuung über die erfolgte Sühne der Schuld würde Mitleid mit dem Verbrecher wach werden.

Bis auf den heutigen Tag liegt der Satz des code pénal „toute tentative de crime est le crime même" in Fehde mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes.

Wenn wir uns hier auf das Rechtsbewusstsein des Volkes berufen, so geschieht dies nicht, weil wir etwa aus ihm das Dasein der Strafsatzungen überhaupt ableiteten,[1]) sondern deshalb, weil der Gedanke von der auf allen Gebieten des Lebens sichtbaren Macht und Bedeutung des Erfolges ein in der Objektivität liegender, sich unmittelbar aufdrängender, von selbst verstehender, ist.

Überall, wohin wir blicken, ist die Wertung einer Handlung zum guten Teil vom Erfolge abhängig. Der Erfolg legalisiert, heiligt, er entheiligt auch.[2]) Der eine empfängt zum Lohne für seine Gewaltthaten die Todesstrafe, der andere den Lorbeer. „Entworfen bloss ist's ein gemeiner Frevel — Vollführt ist's ein unsterblich Unternehmen". Wie oft richtet sich das Urteil über eine That nach den sich mehr oder weniger zufällig an sie reihenden Folgen! Der Erfolg belastet die That, wie er sie entlastet.

Die Geschichte der Völker und jedes Individui bezeugt die Wahrheit, das des Menschen Thun mehr oder weniger in der Hand des Erfolges, des Zufalls liegt, dass keine menschliche Handlung unbedingt potestativ ist, der Mensch die absolute Herrschaft über seine Kräfte nicht hat. Man hat den Erfolg den grössten Lügner genannt — nicht mit Unrecht.

---

[1]) Dass dies nicht der Fall, geht hervor aus der Schrift des Verf. „Zur Lehre vom strafr. Vorsatz" (1897. Heft 10 der „Strafr. Abhandlungen").

[2]) Die Rolle des Zwecks im Kapitel II von der absoluten Strafbarkeit des Versuchs korrespondiert mit der des Erfolges hier im Kapitel von der relativen Strafbarkeit des Versuchs.

Die Tragik der grossen Erscheinungen in der Geschichte und im Drama beruht im wesentlichen auf der Verquickung von Schuld und Zufall — von Wille und Erfolg.

Indem sich der Mensch bewusst wird, dass die Wertung seines Thuns nicht sowohl von ihm selbst als vom Erfolge abhängig ist, gewinnen für ihn die eigenen Handlungen metaphysische Bedeutung: Er fühlt sich als Glied eines grossen Ganzen, in einen gewaltigen Kosmos verkettet; er entwöhnt sich, der eigenen Kraft ein Gewicht beizulegen, welches ihr in Wahrheit nicht innewohnt. Sein Verantwortlichkeitsgefühl wird sich wesentlich steigern, wenn er weiss, dass die Wirkung seines Eingreifens in die Objektivität durch Faktoren bedingt ist, welche seinem Willen nicht unterthan sind, vielmehr umgekehrt ohne dessen Zuthun das Konto des verantwortlichen Willens je nach der Laune der Umstände erschweren oder erleichtern.

Die geringere Strafe des Versuchs im Verhältnis zur Strafe der Vollendung ergiebt sich aus dem Wesen des Verbrechens, in welchem nicht der böse Wille, sondern der durch einen verantwortlichen Willen verursachte rechtsverletzende Erfolg gestraft wird, wie aus dem Wesen der menschlichen Handlung überhaupt.

Rückblick.

Die Lehre vom Versuch ist für den Kriminalisten um deswillen von besonderem Interesse, weil gerade sie Fragen aufwirft, welche für das gesamte Strafrecht von fundamentaler Bedeutung sind.

Die Versuchslehre offenbart das Wesen des Strafrechts, dessen beide Pole der Wille und der Erfolg sind.

Wie das erste Kapitel zeigte, besteht das Wesen des Versuchs in der Beziehung des Willens zum Erfolge: Der in den Willen aufgenommene Zweck bestimmt den Charakter der Handlung als Versuchshandlung. Gegenstand der Strafe des Versuchs ist aber nicht der Wille an sich — dies sahen wir im Kapitel III und IV bei Erörterung der absoluten Strafbarkeit des Versuchs — sondern die durch seine den Eintritt des Erfolges wahrscheinlich machende Objektivierung in der Richtung nach dem deliktuosen Erfolge hin erzeugte Gefährlichkeit des Willens.

Nicht der Wille, ein Verbrechen zu begehen, sondern der Wille, eine Handlung auszuführen, welche objektiv einen verbrecherischen Erfolg darstellt, ist entscheidend: Hieraus folgt die im Kapitel V und VI behandelte Straflosigkeit des Putativdelikts wie des sogenannten „Versuchs am untauglichen Objekt". Kapitel VII vom Versuch mit untauglichen Mitteln legte das Schwergewicht auf den verbrecherischen Plan, auf die Willensseite, jedoch mit einer Modifikation: Der Versuch mit untauglichem Plan bleibt straflos, denn der der Rechtsordnung durch einen solchen Plan drohende Erfolg tangiert sie nicht, ist ihr ungefährlich. Gleichfalls wegen des Mangels der objektiven Gefährlichkeit der Handlung verfällt der Strafe nicht der im achten Kapitel erörterte Versuch am nicht vorhandenen Objekt: Die Willensseite ist hier zwar dieselbe wie beim strafbaren Versuch mit untauglichen Mitteln, nicht aber die Erfolgsseite, und dies ist entscheidend; wie im Kapitel über den Rücktritt (Kapitel IX) der infolge Zufalls verspätete Rücktritt des Thäters diesem Straffreiheit nicht einbringt.

Überall ist der Gedanke massgebend, dass das Strafrecht allein gegen den schädlichen, rechtsverletzenden Erfolg bezw. gegen die Bedrohung der Rechtsordnung durch ihn reagiert. Der Willle des Individui kommt nur insofern in Betracht, als er verantwortlich für den Eintritt des rechtsverletzenden Erfolges bezw. für die Gefährdung der Rechtsordnung ist.

Das Strafrecht wendet sich nicht gegen den Willen, welcher den rechtsverletzenden oder gefährdenden Erfolg verursacht, sondern gegen den rechtsverletzenden oder gefährdenden Erfolg, welcher von einem dolosen oder kulposen Willen verursacht worden ist.

Dass das Strafrecht vom Erfolge ausgeht, brachte namentlich die Betrachtung des letzten Kapitels zum Bewusstsein, zumal die Erscheinung des „delictum perfectum", welches sich in der Willensseite vom „Delictum consummatum" gar nicht unterscheidet, wohl aber in der Erfolgsseite, und daher wie jeder Versuch milder als die vollendete That zu strafen ist.

Wiederholt trat uns im Laufe der Betrachtung über den Versuch der Unterschied zwischen Strafrecht und Moral entgegen:

Moralisch ist in gleicher Weise zu beurteilen, wer irrtümlich einen Meineid zu schwören glaubt und wer ihn wirklich leistet; wer rechtzeitig und wer zu spät vom Verbrechen zurücktritt; wer ein delictum perfectum und wer ein delictum consummatum begangen hat.

Eine verschiedene Beurteilung erfahren diese Fälle im Strafrecht, wo es nicht auf den Willen, sondern auf den Erfolg in erster Linie ankommt. — Umgekehrt kann die Moral zwischen zwei Handlungen einen Unterschied statuieren, welcher für das Strafrecht aus demselben Grunde nicht existiert, aus welchem sich vorhin die auf der Berücksichtigung des für das Strafrecht bedeutungsvollen Zufalls beruhende unterschiedliche Behandlung der moralisch gleichstehenden Fälle rechtfertigt. Der Rücktritt aus edlem und der aus gemeinem Motiv wirft moralisch ein sehr verschiedenes Licht auf den Thäter, der strafrechtlich im einem wie im anderen Falle gleich zu beurteilen ist.

Die Lehre vom Versuch prägt uns ein, dass das Strafrecht kein Produkt der Ethik, vielmehr als auf der Notwendigkeit der Erhaltung des gesellschaftlichen Organismus beruhend ein Produkt der Not ist, dass es keinen moralischen, sondern einen reinen Schutzzweck hat.

DRUCK VON GEBRÜDER BÖHM, KATTOWITZ

41

